Erwerb durch Zwischenpersonen

Inaugural-Dissertation

zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Otto Heye
Referendar aus Eppinghoven bei Neuß

Marburg 1933

Universitätsverlag von Robert Noske in Borna-Leipzig
1933

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am 16. Februar 1933

Berichterstatter: Geheimrat Professor Dr. Leonhard

Inhalt.

Literatur.

Beseler: Zwangsvertretung in DJZ 1912 Sp. 894 ff.
Biermann: Kommentar zum Sachenrecht. 1913 u. 1914.
Bracht: im Recht 1901 S. 558.
Bremer: Beiträge zur Lehre von dem Besitzerwerb durch einen Stellvertreter. In Ztschr. f. Zivilrecht u. Prozeß N.F. Bd. 11.
Bruns: Besitzerwerb durch Interessenvertreter. 1910.
Cohn: Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht. 1930.
Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I 1922, Bd. II 1913.
Crome: System des deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. I 1900, Bd. III 1905.
David: Stellvertretung ohne Kundgebung des Vertretungswillens. In Recht 1901 S. 506 ff.
Denkschrift zum Entwurf des BGB. 1896.
Dernburg: Die Allgemeinen Lehren. 1902.
Dernburg: Das Sachenrecht. 1908.
Eccius: in DJZ 1904 S. 54 ff.
Eccius: Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrecht. Gruch. Beitr. Bd. 47 S. 51 ff.
Eck: Vorträge Bd. I 1903.
Eichler: Vertretung für denjenigen, den es angeht. Diss. Marburg 1931.
Endemann: Lehrbuch des BGB. Bd. I 1903; Bd. II, 1 1905. Sachenrecht 1905.
Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil. 1931.
Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. 1921.
Goldmann-Lilienthal: Das BGB. Bd. I 1903.
Hellwig: Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.
Hempel: Eigentumsübergang beweglicher Sachen nach § 929 Satz 1 BGB bei offener und stiller Vertretung. Diss. Breslau 1927.
Henle: Lehrbuch des BGB. Allgemeiner Teil. 1926.
Hoeninger: in JurWochenschr. 1929 S. 246.
Hölder: Kommentar zum BGB. Allgemeiner Teil. 1900.
Hupka: Die Vollmacht. 1900.
Jeroschewitz: Vertretung bei der Fahrnisübereignung. Diss. Königsberg 1920.
v. Jhering: Der Besitzwille. 1889.
Isay: Die Geschäftsführung. 1900.
Jung: Der Eigentumserwerb beim Kommissionseinkauf nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In ZHR Bd. 47 S. 183 ff.
Jung: bei Stammler: Das gesamte deutsche Recht. Bd. I 1931.
Kohler: Vertrag und Übergabe. ArchBürgR. Bd. 18 S. 1 ff.
Langen: Eigentumserwerb und -verlust bei den Kommissionsgeschäften. 1900.
Lehmann, H.: Lehrbuch des BGB. Allgemeiner Teil. 1928.
Lehmann, Karl: in ZHR Bd. 51 S. 268 ff.
Lenel: Stellvertretung und Vollmacht. In JherJahrb. 36 S. 1 ff.
Leonhard, Fr.: Allgemeines Schuldrecht des BGB. 1929.
Leonhard, Fr.: Bürgerliches Recht. Ein Lehrbuch in kurzen Sätzen. 1926.

Leonhard, Fr.: Vertretung beim Fahrniserwerb. 1899.
Leonhard, Rud.: Allgemeiner Teil. 1900.
Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften über die Rechtsgeschäfte. 1901.
Manigk: Interessenjurisprudenz. Im HWRechtsW. Bd. III S. 309 ff.
Manigk: Savigny und der Modernismus im Recht. 1914.
Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft. 1907.
Matthiaß: Lehrbuch des BGB. 1914.
Mattstedt: Eigentumserwerb an beweglichen Sachen durch stille Stellvertretung. Diss. Göttingen 1927.
Müller, Artur: Die Zulässigkeit der Veräußerung künftiger Mobilien. Gruch. Beitr. Bd. 54 S. 226 ff.
Müller-Erzbach: Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage heraus entwickelt. 1905.
Mumm: Zur Auslegung des § 164 BGB. In Recht 1901 S. 137.
Neumann: Handausgabe des BGB. Bd. I 1909.
Oertmann: Kommentar zum Allgemeinen Teil. 1927.
Planck: Kommentar. Allgem. Teil 1913. Sachenrecht 1915, 1920. 1932.
Przibilla: Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter. In Iher. Jahrb. Bd. 47 S. 339.
Regelsberger: über Besitzerwerb durch Mittelsperson. In IherJahrb. Bd. 44 S. 404 ff.
Rehbein: Das BGB. Bd. I 1899.
Reichsgerichtsräte-Kommentar. Sachenrecht 1913.
Rosenstock: Der Eigentumserwerb an beweglichen Sachen durch stille Stellvertretung. Diss. Breslau 1917.
Rühl: Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft. 1930.
Rümelin: Das Handeln in fremdem Namen im Bürgerl. Gesetzbuch. Arch. ZivPrax. Bd. 93 S. 131 ff.
v. Savigny: Das Recht des Besitzes. 1865.
v. Selasinsky: Der Eigentumserwerb bei mittelbarer Stellvertretung. Diss. Heidelberg 1930.
Staub: Kommentar zum HGB. 1927.
v. Staudinger: Kommentar zum Allgemeinen Teil. 1925. Sachenrecht. I. Teil 1926.
Stern: Eigentumserwerb durch Stellvertreter, insbesondere bei verdeckter Stellvertretung. Diss. Marburg 1923.
Stöver: Einigung im Sachenrecht. ArchBürgR. 26 S. 149 ff.
v. Tuhr: Allgemeiner Teil. Bd. I 1910; Bd. II, 1 1914; Bd. II, 2 1918.
v. Tuhr: Zur Lehre von der Anweisung. In IherJahrb. 48 S. 47 ff.
Warneyer: Kommentar zum BGB. Bd. I 1930, Bd. II 1930.
Wendt: Besitz und Innehabung. ArchZivPrax. Bd. 74 S. 135 ff.
Wendt: Der mittelbare Besitz des BGB. Ebd. Bd. 87 S. 40 ff.
Wolff: Lehrbuch. Das Sachenrecht. 1929.
Zitelmann: Das Recht des BGB. Allgem. Teil 1900.
Entscheidungen des Reichsgerichts.
Gruchots Beiträge.
Juristische Wochenschrift.
Leipziger Zeitung.
Motive zum Entwurf des BGB.
Protokolle.
Seufferts Archiv.

Erster Teil.

§ 1

Die Terminologie und die verschiedene Bedeutung des Wortes „Stellvertretung" im BGB und im allgemeinen Sprachgebrauch.

Früher wurde fast allgemein zwischen sog. direkter und indirekter Stellvertretung unterschieden. Diese Unterscheidung begegnet uns heute in der Literatur und Rechtsprechung nur noch selten. Man hat erkannt, daß es richtiger ist, ein Rechtsinstitut nach der Art seiner Vornahme als nach seinen Wirkungen, die ja gerade erforscht werden sollen, zu gliedern. Es soll statt dessen unterschieden werden, ob der Vertreter offen für seinen Geschäftsherrn aufgetreten ist oder ob er es unterlassen hat, sein Vertretungsverhältnis in irgendeiner Weise kundzutun. So hat sich heute fast allgemein in Literatur und Rechtsprechung die Bezeichnung „offene" und „verdeckte oder stille" Stellvertretung durchgesetzt[1]). Denn man muß stets die Vornahme des Rechtsgeschäfts von den Wirkungen, welche sie erzeugt, unterscheiden. Handlung und Erfolg dürfen miteinander nicht vermischt werden[2]).

Obwohl dieser Terminologie gegenüber der bisherigen der Vorzug zu geben ist, soll auch sie in vorliegender Arbeit vermieden werden. Denn zum Begriff der „Stellvertretung", wie er im BGB gebraucht wird, ist erforderlich, daß die Wirkungen des Rechtsgeschäfts in der Person des Vertretenen und nicht in der Person des Vertreters eintreten. Somit ist auch die Bezeichnung „verdeckte Stellvertretung" ungenau und abzulehnen[3]). Denn dies würde zwar der Bedeutung des Wortes Stellvertretung entsprechen, wie wir sie im allgemeinen Sprachgebrauch haben. Hiernach werden wir überall da vertreten, wo uns ein

---

[1]) Vgl. Rümelin a. a. O. S. 134 ff.; Eichler a. a. O. S. 12 Anm. 6; Enneccerus § 167, I; Mattstedt S. 2; Langen a. a. O.; SeuffArch. Bd. 60 S. 229; Gruch. 67, 319.

[2]) Mumm a. a. O. S. 137.

[3]) Vgl. Crome Bd. I S. 453; Enneccerus § 167, I; Eck, Vortr. Bd. I S. 177; Leonhard, Vertretung S. 5; Leonhard, Lehrb. S. 45: „Vertretung ist rechtsgeschäftliches Handeln mit Fremdwirkung."

anderer eine Tätigkeit erspart[4]). Wir müssen aber an die Bedeutung des Wortes anknüpfen, die ihm das BGB beigelegt hat. Daher wählen wir für den Handelnden die Bezeichnung „Zwischenperson", und die folgenden Ausführungen sollen ergeben, wann diese Zwischenperson „Stellvertreterin" des Geschäftsherrn ist, d. h. unter welchen Voraussetzungen die Wirkungen des Rechtsgeschäfts den Geschäftsherrn unmittelbar treffen, und wann sie als „Eigenkontrahent"[5]) anzusehen ist. In dieser Arbeit ist insbesondere zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen ein unmittelbarer Eigentumserwerb des Geschäftsherrn möglich ist.

Die Wichtigkeit der hier zu entscheidenden Frage zeigt sich vor allem im Konkurs, wenn um die Aussonderung eines Gegenstandes aus der Masse i. S. von § 43 KO gestritten wird; ferner in der Singularvollstreckung, wenn auf Freigabe der Sache i. S. von § 771 ZPO geklagt wird.

Der Eigentumserwerb an Grundstücken soll hier ganz außer acht gelassen werden, da durch den Eintragungszwang ein Streit um das Eigentum an einem Grundstück, das ein Dritter für einen Geschäftsherrn erworben hat, nicht praktisch wird. Denn es wird stets entweder die Zwischenperson oder der Geschäftsherr als Eigentümer eingetragen, wodurch zum Ausdruck kommt, für wen die Zwischenperson das Eigentum erworben hat.

---

[4]) Eck a. a. O. S. 177 Anm. 3; Leonhard, Anfechtbarkeit S. 12/13.

[5]) Die Bezeichnung „Selbstkontrahent", die sich in der Literatur vielfach findet, soll hier vermieden werden, weil sie leicht zu Verwechslungen mit dem Selbstkontrahieren des § 181 führen kann.

Zweiter Teil.

§ 2.

Der unmittelbare Eigentumserwerb durch den Geschäftsherrn nach § 929 BGB.

Unsere Untersuchungen beschränken sich demnach auf den Eigentumserwerb an beweglichen Sachen. Die Erfordernisse des Eigentumserwerbs bestimmt § 929[1]). Dieser Paragraph rückt somit in den Mittelpunkt unserer Erörterungen, und es ist nunmehr unsere Aufgabe, zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen durch das Handeln einer Zwischenperson der Tatbestand des § 929 für den Geschäftsherrn erfüllt wird.

Der § 929 bestimmt zwei Erfordernisse für den Eigentumsübergang: 1. die Einigung und 2. die Übergabe.

§ 3.

A. Die Einigung.

I. Nach der hier vertretenen Ansicht ist auch bei der Einigung über den Eigentumsübergang der Stellvertretungsgrundsatz der Offenheit zugrundezulegen.

Als erstes haben wir zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen die „Einigung" durch die Zwischenperson mit Wirkung für den Geschäftsherrn abgeschlossen werden kann.

Daß es sich bei der Einigung um einen dinglichen Vertrag handelt, wird heute in der Literatur nicht mehr bestritten. Es wurde früher darauf hingewiesen, daß im ersten Entwurf die Einigung als dinglicher Vertrag bezeichnet war[1]) und diese Bezeichnung nicht in dem Gesetz gewordenen Text beibehalten ist. Doch läßt sich hieraus nicht folgern, daß die Einigung des § 929 keinen dinglichen Vertrag darstellt. Diese

---

[1]) die ohne nähere Bezeichnung angeführten Paragraphen sind solche des BGB.

[1]) So Gruch. Bd. 47 S. 33.

Änderung wurde nur aus dem Grunde vorgenommen, um der Wissenschaft nicht vorzugreifen, sondern ihr die Entscheidung über die Rechtsnatur der Eigentumsübertragung zu überlassen[2]).

Es kann aber nicht zweifelhaft sein, daß diese Einigung ein dinglicher Vertrag ist. Denn einmal bezeichnet auch § 1396 die Übereignung als dinglichen Vertrag, außerdem geht die Vertragsnatur daraus hervor, daß es sich um eine „Einigung" handelt, d. h. um zwei übereinstimmende Willenserklärungen, die einen bestimmten Rechtserfolg — den Übergang des Eigentums — herbeizuführen bestimmt sind[3]).

In der Literatur besteht zwar Streit darüber, ob allein die Einigung oder diese zusammen mit der Übergabe den dinglichen Vertrag bildet[4]). Ein näheres Eingehen auf diese Frage ist aber im Rahmen dieser Arbeit überflüssig. Doch schließt sich der Verfasser der Ansicht von Planck an, daß die Einigung allein den dinglichen Vertrag darstellt, da diese dem Wesen des Vertrages als Übereinstimmung zweier Willenserklärungen eher zu entsprechen scheint. Die Übergabe muß als Realakt lediglich zu dem dinglichen Vertrag hinzukommen, um den Übergang des Eigentums zu bewirken.

Auf diesen Vertrag sind nun die Vorschriften des Allgemeinen Teils über Verträge anwendbar[5]). Dies ist fast allgemein anerkannt und wurde wohl nur von Eccius[6]) bestritten. Da aber die Vorschriften des Allgemeinen Teils auch für das Sachenrecht gelten, liegt kein Grund vor, hier eine Ausnahme zu machen. Die Bestimmungen des Allgemeinen Teils sind vielmehr anzuwenden, soweit nicht eine positive Bestimmung des Sachenrechts ihre Anwendbarkeit ausschließt.

§ 4.

1. Das in § 164 verankerte Offenheitsprinzip und der Zweck der Bestimmung des § 164 Abs. 2.

Wir müssen also bei der Entscheidung der Frage, unter welchen Voraussetzungen die Einigung des § 929 unmittelbar für den Geschäfts-

---

[2]) Vgl. Eccius bei Gruch. Bd. 47 S. 52.

[3]) Planck, Sachenrecht zu § 929 S. 359; Eccius bei Gruch. Bd. 47 S. 51; Langen a. a. O. S. 21 u. 83.

[4]) Für ersteres: Planck zu § 929 Erl. 4; Staudinger zu § 929 Erl. 2; für letzteres: Wolff, Sachenrecht § 66, I, 1; Stöver S. 178; Eccius S. 53; Biermann, Sachenrecht Vorbem. 5 b S. 3; dort ausführliche Literaturangaben über diese Streitfrage.

[5]) So auch Wolff § 66; Planck zu § 929; Leonhard, Vertretung; Stöver S. 175.

[6]) Eccius bei Gruch. Bd. 47 S. 51.

herrn wirkt, von den Vertretungsgrundsätzen des Allgemeinen Teils ausgehen, in deren Mittelpunkt die Vorschrift des § 164 steht.

Danach muß der Vertreter im Namen des Vertretenen aufgetreten sein, oder seine Vertretereigenschaft muß dem Gegner aus den Umständen erkennbar gewesen sein. Ist dies nicht der Fall, so treten die Wirkungen des Rechtsgeschäfts — in unserem Fall die der dinglichen Einigung — in der Person des Vertreters ein [1]). Dies ergibt sich aus der Vorschrift des § 164 Abs. 2.

Wir finden in den Bestimmungen des § 164, II das sog. „Offenheitsprinzip" [2]) verankert, d. h. eine Fremdwirkung ist nur möglich, wenn sich aus dem Auftreten der Zwischenperson ergibt, daß nicht diese, sondern ein Dritter Geschäftspartei sein soll. Es ist zwar nicht erforderlich, daß dies gerade durch die Erklärung der Zwischenperson kundgetan wird, sondern es muß nur in dem Geschäft dem Gegner gegenüber offen hervortreten. Dieses kann sich — wie § 164 Satz 2 besagt — auch aus den Umständen ergeben. Um eine unmittelbare Wirkung für den Geschäftsherrn herbeizuführen, muß also aus dem Vertragsinhalt hervorgehen, daß die Mittelperson Vertreter ist.

Leonhard [3]) führt zur Verstärkung dieser Ansicht noch an, daß auch beim Vertrag zu Rechten Dritter eine unmittelbare Wirkung für den Dritten nur durch den Vertragsinhalt und nicht etwa durch einseitigen Willen eines Beteiligten herbeigeführt wird.

K. Lehmann [4]) führt zur Begründung seiner Auffassung, die auch für die dinglichen Rechtsgeschäfte an dem Offenheitsprinzip festhält, die Vorschrift des § 1381 Satz 1 an. Diese sei als bewußte Durchbrechung des Offenheitsprinzips anzusehen, denn sie wäre überflüssig, wenn beim Eigentumserwerb durch Vertreter dessen Wille und nicht das „Handeln in fremdem Namen" entscheidend wäre. Diesem Argument kann jedoch nicht zugestimmt werden, denn im Fall des § 1381 Satz 1 handelt der Ehemann nicht als Stellvertreter seiner Frau, sondern auf Grund des ihm zustehenden Verwaltungsrechts. Es kann daher aus dieser Sonderbestimmung, die zum Schutze des eingebrachten Gutes der Frau besteht, kein Rückschluß auf die Stellvertretungsgrundsätze stattfinden.

Den Notwendigkeit des Erwerbs auf den Namen des Geschäftsherrn ergibt sich auch aus der Betrachtung des Falles, wo die Zwischenperson mehreren Personen zum Erwerb derselben Sache verpflichtet ist [5]). Denn

---

[1]) M. Wolff, Sachenrecht § 66, I, 1 a. E.; Planck, Allg. Teil zu § 164 Erl. 5 b; v. Tuhr Bd. II, 2 § 84, III; Leonhard, Vertretung S. 2; Manigk, Rechtsgeschäfte S. 316; ders. We.u.Wg. S. 465/66; OLGRspr. 20, 64.

[2]) Dieser Ausdruck wurde von Leonhard geprägt; vgl. Vertretung S. 2.

[3]) Leonhard, Vertretung S. 7.

[4]) K. Lehmann, ZHR Bd. 51 S. 269.

[5]) Vgl. Leonhard, Vertretung S. 102.

wer von diesen soll denn durch den Erwerb der Zwischenperson Eigentümer geworden sein? — Auch sei hier noch auf die Möglichkeit strafrechtlicher Folgen (§ 246 StGB), die bei Verwertung der in fremdem Interesse erworbenen Sache Platz greifen würde, hingewiesen.

Weniger durchschlagend ist dagegen das Argument, die Gläubiger der Zwischenperson müßten sich darauf verlassen können, daß die von dem Mittler nicht in fremdem Namen erworbenen Gegenstände sein Eigentum sind. Denn Dritte werden nur selten davon Kenntnis haben, ob der Mittler im eigenen oder in fremdem Namen erworben hat.

An dem Offenheitsprinzip ist daher auch für die dinglichen Rechtsgeschäfte unbedingt festzuhalten. Denn es muß gerade für eine solch wichtige und schwierige Frage, wie sie der Eigentumserwerb durch Dritte darstellt, ein klares Unterscheidungskriterium gefunden werden, und dieses gibt uns das Gesetz in der Vorschrift des § 164. Wenn man das Merkmal des „Handelns in fremdem Namen" aufheben wollte, so würde man jede Möglichkeit einer festen Abgrenzung und einer „einheitlichen rechtlichen Behandlung dieses Rechtsinstituts" verlieren[6]). Es kann deshalb denen nicht zugestimmt werden, die glauben, sich auf Grund irgendwelcher Billigkeitserwägungen über die Vorschrift des Gesetzes hinwegsetzen zu können. Denn gerade darauf beruhen die zahlreichen verschiedenen Meinungen, die im Gebiet des Eigentumserwerbs durch Dritte bestehen und eine große Rechtsunsicherheit hervorrufen. Es muß stets zuerst der Gedankeninhalt des Gesetzes erschöpft werden und die in den positiven Gesetzesvorschriften liegende Interessenregulierung beachtet werden[7]).

Wir haben hier in § 164 eines der festen gesetzlich geregelten Rechtsprinzipien, an denen aus Gründen der Rechtssicherheit streng festgehalten werden muß. Daher kann hier ein Durchbruch von „Interessenrecht" und Billigkeitserwägungen, wie sie die Gegner des Offenheitsprinzips einführen wollen, nicht in Frage kommen. Das Gesetz hat in der Zugrundelegung des Offenheitsprinzips für die Stellvertretung, das „zum Schutze des Verkehrs und des Vertrauens" gewonnen ist, bereits eine Abwägung der Interessen vorgenommen und sich bei der sog. verdeckten Stellvertretung in § 164 Abs. 2 für den Erwerb der Zwischenperson entschieden[8]). Eine erneute Interessenabwägung — insbesondere wer der eigentliche Geschäftsherr ist und welchen Interessen das Geschäft dient — kann hier nicht mehr Platz greifen. Es ist die positive Bestimmung des Gesetzes anzuwenden, die nur bei offenem Handeln die Wirkungen in

---

[6]) Siehe v. Tuhr Bd. II, 2 § 84, III S. 345; Manigk, Rechtsgeschäfte S. 316; auch Prot. II S. 364.

[7]) Vgl. Rümelin a. a. O. S. 295.

[8]) Vgl. Manigk in HWRechtsW. III S. 312/13.

der Person des Vertretenen eintreten läßt. Hieran scheitern alle Versuche, aus Gründen der Billigkeit einen so schweren Eingriff in die begrifflich gebotene Normenanwendung vornehmen zu wollen[9]).

Auch Biermann[10]) gibt zu, daß diese Grundsätze „an und für sich" hier Anwendung finden müssen. Er glaubt aber durch Schwierigkeiten, die sich bei der Übergabe in den Besitzverhältnissen bilden können, auf eine Anwendung dieser Grundsätze dann verzichten zu müssen, wenn der Vertreter ein Besitzdiener ist. Biermann begründet seine Ansicht damit, daß wir sonst eine Einigung zwischen Veräußerer und Besitzdiener und eine Übergabe nur an den Geschäftsherrn hätten, denn der Besitzdiener habe selbst keinen Besitz. Es müßte also dann das Eigentum beim Veräußerer geblieben sein.

Eine Notwendigkeit, hier einfach eine Einigung zwischen dem Veräußerer und dem Geschäftsherrn entgegen der Vorschrift des § 164 anzunehmen, kann jedoch nicht anerkannt werden. Denn erstens wird der Besitzdiener in den meisten Fällen aus den Umständen als Vertreter erkennbar sein, und zweitens besteht keine Notwendigkeit des Besitzerwerbs für den Herrn. Wenn der Besitzdiener die Einigung für sich selbst zustande gebracht hat, erwirbt er die Sache nicht als Besitzdiener für den Herrn, sondern auf Grund des für ihn geschlossenen Kausalverhältnisses für sich selbst. Die Zwischenperson erwirbt demnach den unmittelbaren Besitz und damit das Eigentum. Es ist nicht ersichtlich, weshalb hier eine Ausnahme gemacht werden soll.

Außerdem wird aber der Geschäftsherr aus folgenden Gründen meist alsbald Eigentümer der Sache. Wenn der Besitzdiener die Sache auf Grund seines Abhängigkeitsverhältnisses erwirbt, ist in dem aus seinem Handeln sich ergebenden Willen, für seinen Herrn zu erwerben, eine Weiterübertragung auf dieser durch ausnahmsweise erlaubtes Kontrahieren mit sich selbst zu erblicken[11]), vgl. §§ 181, 929. Da die Übertragung nicht durch Übergabeersatz nach § 930, sondern durch Erwerb des unmittelbaren Besitzes nach § 855 auf Grund der Besitzdienerschaft geschieht, ist eine besondere Kenntlichmachung hier nicht erforderlich[12]).

Von den Gegnern der hier vertretenen Meinung, die allgemein nur bei offenem Handeln eine direkte Wirkung für den Geschäftsherrn zuläßt, werden dagegen bei der verdeckten Stellvertretung zwei Fälle unterschieden[13]):

---

[9]) wie unten im vierten Teil zu zeigen ist, steht unser Ergebnis außerdem auch nicht im Widerspruch zur Billigkeit.

[10]) Biermann zu § 929 Erl. 3 b β.

[11]) Vgl. Leonhard, Vertretung S. 98/99.

[12]) Vgl. unten § 18.

[13]) Vgl. z. B. Langen a. a. O. S. 97.

1. die Zwischenperson will für sich selbst erwerben;
2. sie will für den Geschäftsherrn erwerben, hat es nur unterlassen, diese Absicht beim Abschluß des Übereignungsvertrages kundzutun.

Im ersten Falle wird in der Literatur nur von wenigen die Möglichkeit unmittelbarer Wirkung der Einigung für den Geschäftsherrn angenommen. Die allgemeine Ansicht geht dahin, daß hier die Zwischenperson das Eigentum an den ihr übertragenen Sachen erlangt. Dies geht besonders klar aus den Ausführungen Cohns hervor, der daher auch konsequent einen unmittelbaren Erwerb des Eigentums beim Kommissionsgeschäft durch den Kommittenten nicht für möglich hält, da hier der Kommissionär stets gewollt und bewußt im eigenen Namen handelt.

Für den zweiten Fall wird vielfach die Ansicht vertreten, daß hier trotz mangelnder Offenheit die Einigung unmittelbar für den Geschäftsherrn zustande kommt oder doch zustande kommen kann. Gegen diese Ansichten, die unten im weiteren Verlauf dieser Arbeit noch näher aufgeführt und im einzelnen widerlegt werden sollen, spricht schon ganz allgemein, daß Rechtswirkungen nur auf Grund erklärten Willens eintreten. Es wäre daher falsch, die Wirkungen des dinglichen Geschäfts hier von nichterklärten Umständen irgendwie abhängig zu machen. Zweifellos mißt die Rechtsordnung nur dem erklärten Willen rechtserhebliche Bedeutung bei, denn positive Wirkungen können sich niemals aus dem nichterklärten Willen ergeben[14]). Der innere nichterklärte Wille wäre auch ein zu unsicheres Kriterium, um von ihm Rechtswirkungen abhängig zu machen. Dies geht vor allem aus dem Vorhandensein der Vorschriften §§ 116 Satz 1 und 119 hervor.

In den oben unter 2 genannten Fällen ist aber dem Geschäftsgegner der Wille der Mittelsperson, daß die Wirkungen des Geschäfts nicht sie, sondern ihren Geschäftsherrn treffen sollen, nicht kundgetan. Außerdem ist diese allgemeine Regel in der positiven Gesetzesvorschrift des § 164 Abs. 2 noch einmal besonders zum Ausdruck gebracht: „Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht."

Gegen unsere Ansicht, die auch bei den dinglichen Geschäften den Grundsatz der offenen Stellvertretung anwendet, wird nun angeführt, daß § 164 Abs. 2 in gewissen Fällen auf die dingliche Übereignung deshalb keine Anwendung finde, weil es lediglich der Zweck dieser Vorschrift sei, den Vertragsgegner zu schützen und dieser eines Schutzes nur bei obligatorischen Verträgen bedürfe. Dem kann aber nicht zugestimmt

[14]) Vgl. Manigk, We.u.Wg. S. 156 u. S. 465.

werden. Erstens ist das mangelnde Schutzbedürfnis des Vertragsgegners bei dinglichen Geschäften kein Grund, die positive Gesetzesvorschrift des § 164 Abs. 2 außer acht zu lassen, und zweitens kann es auch nicht der alleinige Zweck des § 164 Abs. 2 sein, den Vertragsgegner zu schützen. Zur Begründung soll im folgenden auf den Zweck dieser Vorschrift eingegangen werden.

Es ist zunächst zu untersuchen, was der Gesetzgeber in § 164 Abs. 2 bestimmt hat. Diese Vorschrift kann nicht lediglich den Zweck haben, festzustellen, daß der Vertrag nunmehr zwischen dem Vertreter und dem Vertragsgegner zustande gekommen ist, denn das würde sich schon aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergeben, daß nur die Äußerung des Willens rechtsgestaltende Wirkung hat und der innere Willensentschluß einer Partei außer Betracht bleibt. Einer solchen besonderen Feststellung hätte es also nicht bedurft[15]). Es ist daher auch die überwiegende Ansicht in der Literatur, daß durch die Vorschrift des § 164 Abs. 2 die Anfechtung nach § 119, die sonst hier Platz greifen würde, da die Erklärung mit dem inneren Willen nicht übereinstimmt, ausgeschlossen sein soll[16]).

Dies geht klar aus der Entstehungsgeschichte dieser Gesetzesbestimmung und insbesondere aus einer Stelle in den Motiven[17]) hervor: „Fehlt es an der Kundgebung des Vertretungswillens und hat andererseits der Handelnde auch nicht beabsichtigt, das Geschäft im eigenen Namen einzugehen, so greifen an sich die Bestimmungen der §§ 95, 97—100 (Anfechtung jetzt § 119) Platz. Das Gewollte ist nicht erklärt, das Erklärte ist nicht gewollt. Das praktische Bedürfnis fordert eine andere Gestaltung ...“

Nach Manigk[18]) stellt dagegen der Abs. 2 des § 164 nur ein Prinzip für die Auslegung dar, daß nur die dem Gegner erkennbaren Umstände in Betracht zu ziehen seien. Diese Vorschrift sei deshalb nicht überflüssig, „weil hier das Prinzip der offenen Stellvertretung klar ausgesprochen werden sollte“. Eine Anfechtung nach § 119 sei daher zuzulassen (S. 169). Dieser Ansicht Manigks kann aber aus den oben angeführten Gründen nicht zugestimmt werden.

Bracht[19]) nimmt an, daß in § 164 Abs. 2 nicht ein Ausschluß des Anfechtungsrechts der Zwischenperson, sondern eine Erweiterung des Anfechtungsrechts des Erklärungsempfängers bestimmt sei, geht aber von

---

15) Vgl. Rümelin a. a. O. S. 205; v. Tuhr Bd. II, 2 § 84, III S. 346.

16) So die h. M., anders Manigk, We.u.Wg. S. 168; Bracht in Recht 1901 S. 558.

17) Mot. Bd. I S. 226.

18) Manigk, We.u.Wg. S. 168: Rümelin steht nicht, wie Manigk (S. 169 Anm. 327) annimmt, auf seiner Seite. Vgl. Rümelin a. a. O. S. 205.

19) Bracht in Recht 1901 S. 558.

dem Fall aus, daß die Zwischenperson ihre Vertretereigenschaft bewußt nicht kundgibt. Dieses sind nicht die Fälle, die § 164 Abs. 2 regelt. In § 164 Abs. 2 ist vielmehr vorausgesetzt, daß die Zwischenperson nicht im eigenen Namen handeln will. Schon aus diesem Grunde erweist sich die Ansicht von Bracht als unhaltbar.

Da die Bestimmung, indem sie der Zwischenperson das Anfechtungsrecht nimmt, in erster Linie zum Schutze des Vertragsgegners erlassen ist, ist auch ein Hervortreten der Vertretereigenschaft diesem gegenüber gemeint[20]).

Es ist aber nicht der alleinige Zweck des § 164 Abs. 2, den Vertragsgegner zu schützen, und auch deshalb ist die Ansicht der Gegner, die bei dinglichen Geschäften die Vorschrift nicht zur Anwendung bringen wollen, abzulehnen. Wie oben schon erwähnt, haben wir in dem Offenheitsprinzip ein wichtiges und wertvolles Unterscheidungsmerkmal; außerdem darf aber auch die Schutzbedürftigkeit der Zwischenperson nicht übersehen werden, der man durch einen unmittelbaren Eigentumserwerb des Geschäftsherrn eine wichtige Sicherung für ihre Ansprüche nehmen würde[21]). Besonders hierin liegt die Bedeutung des § 164 Abs. 2, der auch bei den dinglichen Übertragungsgeschäften von großer Wichtigkeit ist. Dies spricht auch für die unbedingte Aufrechterhaltung des Offenheitsprinzips bei der Eigentumsübertragung.

Diese Ausführungen haben gezeigt, daß die Einigung nach § 929 nur bei offener Stellvertretung unmittelbar für den Geschäftsherrn wirkt[22]).

§ 5.

2. Die Auslegung der Traditionserklärung und die Bedeutung des Kausalverhältnisses.

Nachdem wir die Notwendigkeit der Anwendung des Offenheitsprinzips auf die dingliche Übereignung erkannt haben, wollen wir noch kurz die Auslegung der Traditionserklärung behandeln und feststellen, wann dem Erfordernis der Offenheit genügt ist.

Wenn wir an die Auslegung eines Vertrages gehen, so ist zunächst stets der Tatbestand der Vertragsbestimmungen festzustellen. Erst an Hand dieses Tatbestandes ist im Wege der Auslegung der objektive Sinn der Parteierklärungen zu erforschen[1]). Es wäre falsch, hier nach

---

[20]) So auch Manigk, We.uWg. S. 467.

[21]) Vgl. Näheres darüber im Vierten Teil dieser Arbeit.

[22]) Wann dem Prinzip der Offenheit genügt ist, wird unter § 7 noch näher zu behandeln sein.

[1]) Vgl. Leonhard, Lehrbuch d. BGB. S. 39/40.

„einseitigen verborgenen Parteiinteressen" zu forschen, sondern es ist von dem auszugehen, was in dem Tatbestand offen daliegt[1]). Die Willenserklärung muß so gelten, wie sie den Personen, denen gegenüber sie abzugeben ist, objektiv in Erscheinung tritt, denn hiernach richten wiederum diese Personen ihr Verhalten ein. Rechtswirkungen treten ein, weil die Rechtsordnung sie als Folge bestimmter Tatbestände erklärt, und zu diesen gehören die Willenserklärungen, bei denen die nicht in Erscheinung getretenen Umstände außer Betracht bleiben.

Wenn nun die Parteien keine ausdrücklichen Vereinbarungen über die Person des Erwerbers getroffen haben, ist das Kausalverhältnis für uns ein wertvoller Anhaltspunkt zur Erforschung des objektiven Sinnes der Traditionserklärung[3]). Hieraus ist in den meisten Fällen zu ersehen, ob das Geschäft im eigenen oder in fremdem Namen geschlossen ist. Denn der Veräußerer wird in erster Linie an den Gläubiger aus dem Kausalverhältnis übertragen wollen, um auf diese Weise seine Schuld zum Erlöschen zu bringen. Da dieses Kausalverhältnis offen hervortritt und daher zur Auslegung mit herangezogen werden kann, ergibt sich der objektive Sinn der Traditionserklärung bei Fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung: ich übertrage auf denjenigen, dem ich die Sache schulde.

Doch können die ausdrücklichen Erklärungen der Parteien auch ergeben, daß ein anderer als der Gläubiger des Kausalverhältnisses Eigentümer werden soll[4]). Eine solche Erklärung wird der Tradent aber nur abgeben, wenn die Voraussetzungen von § 362 Abs. 2 vorliegen. Im Regelfall wird eine Schuld durch Leistung an den Gläubiger nach § 362 Abs. 1 getilgt, und darauf richtet sich auch der objektive Sinn der Traditionsofferte. Dieser objektive Sinn kann nur durch eine positive andere Regelung der Parteien evtl. im Sinne von § 362 Abs. 2 abgeändert werden.

Ferner weist auch schon der enge Zusammenhang zwischen Kausalgeschäft und dinglichem Erfüllungsgeschäft darauf hin, daß die Traditionsofferte objektiv an den Gläubiger des Kausalverhältnisses gerichtet ist[5]). Denn die Trennnug von dinglichem und obligatorischem Geschäft ist von der Theorie künstlich geschaffen. Der Laie unterscheidet in der Praxis nicht zwischen zwei Geschäften, ihm ist diese künstlich vorgenommene Trennung sogar meist vollkommen fremd und unverständlich.

---

[2]) Vgl. Leonhard, Vertretung S. 31/32.

[3]) Vgl. v. Tuhr Bd. II, 2 § 84, III S. 345; Leonhard, Vertretung S. 29 u. S. 34.

[4]) Vgl. Langen S. 10 und die dort Zitierten. Anders die Kausalitätstheorie (Lenel, Regelsberger); vgl. darüber unter § 7 b.

[5]) Vgl. Leonhard, Vertretung S. 33.

Auch bei Übertragungen auf Grund eines ungültigen Kausalverhältnisses ist der objektive Sinn der Traditionsofferte der, daß der Veräußerer auf den vermeintlichen Gläubiger übertragen will[6]. Die Gültigkeit der causa kann auch auf die abstrakte Einigung der Eigentumsübertragung keinen Einfluß haben.

Wir kommen also zu folgendem Ergebnis: Wenn aus den Verhandlungen der Vertragsparteien keine Bestimmung über die Person des Erwerbers zu entnehmen ist, so ist der objektive Sinn der Erklärung des Tradenten: ich übertrage an den Gläubiger des Kausalverhältnisses.

Als objektiver Sinn dieser Offerte wird nun vielfach herausgelesen: ich übertrage an eine unbestimmte oder unbekannte Person, die vom Erwerber noch bestimmt oder benannt werden muß, und die das Geschäft eigentlich angeht[7]. Dies ist nach Ansicht des Verfassers nicht haltbar, denn eine Auslegung kann — wie oben ausgeführt wurde — nur von dem offen zutage getretenen Tatbestand und nicht von den inneren verborgenen Interessen der Vertragsparteien ausgehen. Im übrigen sei auf die Behandlung dieser Frage im weiteren Verlauf der Arbeit unter § 9 verwiesen.

§ 6.

3. Zulässigkeit des Handelns für einen Unbekannten (a) und für einen Unbestimmten (b).

a) Es ist nun aber nach § 164 nicht erforderlich, daß der Name des betreffenden Geschäftsherrn genannt wird. In der Bestimmung des § 164, der Vertreter müsse „im Namen" des Geschäftsherrn handeln, ist lediglich der Grundsatz der Offenheit der Stellvertretung dargelegt[1]. Dieser besagt nur, daß der Stellvertreter, um die Wirkungen des Rechtsgeschäfts unmittelbar für seinen Geschäftsherrn eintreten zu lassen, kundtun muß, er wolle die Wirkungen nicht in seiner Person, sondern in derjenigen des Geschäftsherrn zustande bringen. Aber die Nennung eines Namens ist dazu nicht erforderlich[2]. Es wäre auch für den Geschäftsverkehr unerträglich, wenn die vielen Käufe, bei denen die Vertreterstellung des Handelnden klar ist, aber der Name des Vertretenen nicht genannt wurde, für diesen keine unmittelbare Wirkung hätten. Ebenso-

---

6) Vgl. Leonhard, Vertretung S. 35.

7) Vgl. z. B. Cohn S. 154 ff.; Langen S. 27; vor allem die Ausführungen unter § 9.

1) Vgl. oben § 4.

2) So Leonhard, Vertretung S. 2; Beseler in DJZ 1912 Sp. 895; v. Tuhr Bd. II, 2 § 84, III S. 342. Endemann I § 80 Anm. 10. Cohn S. 35; Rümelin S. 221.

wenig wie wir bei dem Abschluß eines eigenen Geschäftes unseren Namen zu nennen brauchen, braucht dies der für uns abschließende Vertreter[3]). Es ist lediglich Sache des Gegenkontrahenten, wenn er auf diese Weise mit einem unbekannten unsolventen Vertragsgegner abschließt. Ein Schutzbedürfnis des Gegenkontrahenten besteht nicht[4]). Er hätte sich eben nach der Person des Geschäftsherrn erkundigen müssen, und wenn er dies nicht tut, muß angenommen werden, daß ihm jeder als Vertragspartner genehm ist.

Hieraus ergibt sich auch, daß der Geschäftsherr sehr wohl dem Vertragsgegner unbekannt bleiben kann, was sich im Geschäftsverkehr sehr häufig als notwendig erweist, wo der Geschäftsherr als Käufer eines bestimmten Gegenstandes nicht bekannt werden will, um den Preis nicht unnötig in die Höhe zu treiben. Es wird jedoch in diesen Fällen — insbesondere bei Kreditkäufen — dem Vertreter größere Mühe machen, einen Geschäftsgegner zu finden.

Die Zulässigkeit dieses Abschlusses mit einem dem Vertragsgegner unbekannten Geschäftsherrn wird in der Literatur allgemein anerkannt[5]). Dieser Fall des Handelns für einen unbekannten Vertragsgegner wird in der Literatur als „Verweisung" bezeichnet. Der Inhalt der Erklärung steht von vornherein objektiv fest, er ist nur dem Vertragsgegner bei Vertragsschluß subjektiv unbekannt. Es genügt aber zur Gültigkeit einer Willenserklärung, wenn diese „zwecks Ergänzung der Abmachung auf außerhalb der Erklärung liegende Umstände verweist"[6]). Die Willenserklärungen des Geschäftsgegners und des Vertreters verweisen hier auf den objektiv vorhandenen Tatbestand des Vertretungsverhältnisses.

Auch in diesem Falle haftet natürlich nur der Vertretene. Eine Möglichkeit, den Vertreter auf Erfüllung zu verklagen, kennt das BGB nicht. Außerdem spricht das Vorhandensein der Sondernormen für den Handelsmäkler in § 95 Abs. 3 HGB, wonach dieser unter Umständen selbst auf Erfüllung belangt werden kann, gegen eine persönliche Haftung des Handelnden im Gebiet des BGB. Diese könnte sich höchstens auf Treu und Glauben gründen, wenn der Vertreter den Vertretenen arglistig verschweigt[7]).

---

[3]) Rud. Leonhard, Allgem. Teil S. 345.

[4]) Vgl. Cohn a. a. O. S. 35.

[5]) Siehe Lehmann, Allgem. Teil § 36, IV, 2a; Oertmann zu § 164 Erl. 1 b β; Cohn S. 34 f.; v. Tuhr Bd. II, 2 S. 343; RGRKomm. zu § 929 Erl. 3; Rümelin S. 119 ff.; Warneyer Komm. zu § 165 Erl. 2; Neumann, Handausgabe I zu § 164 Erl. II, 3; Hellwig, Verträge S. 24; Matthiaß, Lehrb. § 56, III B, 1; Hölder zu § 164 Erl. 2 a. E.; LZ 1923 S. 225.

[6]) So Henle, Lehrbuch S. 129; vgl. auch Leonhard, Allgem. Schuldr. S. 85; Cohn S. 18/19; Enneccerus, Allgem. Teil § 157 I, 1 b.

[7]) Vgl. Staudinger zu § 164 Erl. 3 b; Recht 1923 Nr. 726; SeuffArch. Bd. 78 S. 104.

Ein Vertreter, der für einen Geschäftsherrn tätig werden soll, welcher nicht genannt sein will, mag sich daher dieser Form des Vertragsschlusses für einen Unbekannten bedienen. Diese Ausführungen gelten insbesondere auch für den dinglichen Vertrag — die Einigung — nach § 929.

b) Wie sich aus der Feststellung und Auslegung des Tatbestandes ein Handeln für einen unbekannten Geschäftsherrn ergeben kann — was oben als zulässig anerkannt wurde —, ist es auch möglich, daß sich ein Handeln für eine objektiv noch gar nicht bestimmte Person ergibt. Es soll nun untersucht werden, ob auch dieses rechtlich zulässig ist. Die Verschiedenheit dieser beiden Rechtsinstitute charakterisiert sich vor allem dadurch, daß bei dem ersten nur die Art und Weise der Verwirklichung des Tatbestandes, d. h. die Form der Erklärung vom Normalen abweicht, während bei letzterem die Besonderheit darin liegt, daß ihr Inhalt — d. h. die von ihr ausgelösten Rechtsfolgen — noch objektiv unbestimmt sind [8]).

Die Zulässigkeit des Handelns für einen Unbestimmten ist im Gesetz nicht positiv geregelt. Sie läßt sich aber aus der gesetzlichen Zulassung verwandter Rechtsgeschäfte ableiten. So weisen die Wahlschuld (§§ 262 ff.), der unbestimmte Schuldvertrag (§ 315), das bedingte Rechtsgeschäft, das Blankoindossament, Orderpapier, Inhaberschuldverschreibung ... [9]) eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Handeln für einen unbekannten Geschäftsherrn auf, denn sie haben alle das gemeinsam, daß der Inhalt noch nicht objektiv feststeht, sondern von einem späteren Ereignis abhängt. Bei den gesetzlich geregelten Tatbeständen handelt es sich nun um durchaus verschiedene Fälle und eine gemeinsame Regel der zugelassenen unbestimmten Verträge ist nicht zu erkennen. Die Aufzählung der Fälle im Gesetz kann daher keine ausschließliche sein. Eine weitere Ausdehnung ist — auch schon aus Gründen der Fortentwicklung des Rechts — durchaus zuzulassen [10]). Wenn auch eine Unbestimmtheit der Person des Vertragsgegners in keinem der gesetzlich geregelten Fälle vorliegt, so ist doch das Handeln für einen unbestimmten Geschäftsherrn entsprechend der im Gesetz geregelten Fälle des unbestimmten Vertrages für zulässig zu erachten. Es sei hier nur auf die bedingten Rechtsgeschäfte verwiesen, deren ganzer rechtlicher Bestand sogar unbestimmt und von einem künftigen ungewissen Ereignis abhängig ist. Dieses ist eine noch weitergehende Unbestimmtheit als der Abschluß mit einem unbestimmten Geschäftsherrn.

---

[8]) Vgl. Cohn S. 37 Anm. 1.
[9]) Vgl. Cohn S. 39.
[10]) Vgl. Cohn S. 38 und S. 40.

Daher wird auch in der Literatur die Zulässigkeit des Handelns für einen Unbestimmten fast allgemein anerkannt[11]).

Hellwig[12]) hält es jedoch für unmöglich, daß jemand für eine noch nicht bestimmte Person einen Vertrag abschließt. Das bedingte wie das unbedingte Vertragsverhältnis setze nach seinem Begriff notwendig zwei Rechtssubjekte voraus. Wer jetzt nicht selbst kontrahieren könne, wenn er zugegen wäre, könne auch im Kontrahieren nicht durch einen anderen vertreten sein. Außerdem setzten auch die §§ 177, 178 notwendig eine Person des Vertretenen voraus, die den Vertragsschluß genehmigen könnte. Aber aus den §§ 177, 178 kann ein solches Argument für unsere Fälle nicht entnommen werden, da der Vertragsgegner ja von vornherein weiß und damit einverstanden ist, daß der Vertreter nicht von einer bestimmten Person bevollmächtigt ist, vielmehr ein Geschäftsherr erst noch bestimmt werden muß.

Gegen die Behauptung Hellwigs, ein Handeln für einen unbestimmten Geschäftsherrn sei ein logischer Widerspruch, da jedes Vertragsverhältnis zwei Rechtssubjekte voraussetze, ist zu sagen, daß die Willenserklärung nicht von dem Vertretenen, sondern von dem Vertreter abgegeben wird. Der Tatbestand der Abgabe einer Willenserklärung liegt also vor, obwohl ein Vertretener noch nicht vorhanden ist[13]). Es gilt bei der Stellvertretung die Repräsentationstheorie, d. h. „der Vertreter allein ist der Erklärende und Handelnde, nur die rechtlichen Folgen kommen in der Person des Vertretenen zur Entstehung"[14]). Es kann auch keinen Unterschied machen, ob der „Vertreter ohne Vertretungsmacht" einen bestimmten Geschäftsherrn im Auge hat oder einen bestimmten Namen nennt, oder ob er die Bestimmung der Person erst später trifft. Ein solcher Fall ist sogar in § 95 HGB positiv geregelt[15]). Wenn auch die Normen des Handelsrechts für das BGB allgemein nicht herangezogen werden dürfen, so kann doch das Bestehen dieser Vorschrift zur Begründung der rechtlichen Möglichkeit und der logischen Denkbarkeit eines solchen Handelns mit herangezogen werden.

---

[11]) Vgl. Enneccerus, Allgem. Teil § 166, 1 b β; Oertmann zu § 164 Erl. 1 b β; Planck zu § 164 Erl. 1 b; Staudinger zu § 164 Erl. 3 c; Rümelin S. 220, 221; R. Leonhard, Allgem. Teil S. 364; Lehmann, Allgem. Teil § 36, IV, 2 c; v. Tuhr Bd. I S. 194; Bd. II, 2 § 84, III S. 343; Langen S. 101; Cohn S. 45; Gruch. 48, 338; OLGRspr. 8 S. 53. Anders Hellwig, Verträge S. 243.

[12]) Hellwig, Verträge S. 243; gegen ihn besonders Rümelin S. 221.

[13]) Cohn S. 26.

[14]) So Staudinger zu § 164 Erl. 4. Auf diese Frage kann jedoch im Rahmen dieser Arbeit nicht näher eingegangen werden. Vgl. statt aller Staudinger und die dort Zitierten.

[15]) Vgl. v. Tuhr Bd. II, 2 § 84, III S. 343.

Man kann zum Vergleich mit dem Handeln für einen Unbekannten den Abschluß eines suspensiv bedingten Rechtsgeschäfts heranziehen. Auch hier ist ein Tatbestand gegeben, der augenblicklich noch keine Wirkungen zeigt und dessen Wirkungen von einem künftigen Ereignis abhängen[16]). Es ist also auch hier eine solche bestimmungsbedürftige Handlung gegeben.

Die Wirkungen des Rechtsgeschäfts entstehen auch in unserem Fall erst mit der Bestimmung des Geschäftsherrn und dessen Beitritt[17]), da es vorher an dem erforderlichen Rechtssubjekt fehlt, dann aber nach entsprechender Anwendung der §§ 177, 184 mit rückwirkender Kraft[18]). Es sei hier jedoch schon darauf hingewiesen, daß ein rückwirkender Eigentumserwerb nach § 929 an dem Erfordernis der Übergabe scheitert, welche wegen der tatsächlichen Natur des Besitzes nicht zurückbezogen werden kann[19]).

Diese Rechtsfigur des Handelns für einen Unbestimmten wird einmal da praktisch werden, wo die mangelnde Kreditfähigkeit des Stellvertreters ihm einen Abschluß im eigenen Namen nicht erlaubt und der Geschäftsgegner darauf vertraut, daß der Stellvertreter einen kreditfähigen Geschäftsherrn ausfindig machen wird. Ferner wird das Handeln für einen noch Unbestimmten da Platz greifen, wo Konjunkturschwankungen einen sofortigen Abschluß des Geschäfts erfordern und ein passender Geschäftsherr noch nicht vorhanden ist[20]).

Bei der Eigentumsübertragung wird jedoch dieses Rechtsinstitut nur selten verwandt werden, da bis zur Bestimmung der Veräußerer Eigentümer bleibt, was dem Willen und dem Zweck der Parteien meist nicht entsprechen wird.

§ 7.

II. Ansichten, die die Bestimmung des § 164 Abs. 2 bei der Übereignung ausschalten wollen.

1. Ansichten, die § 164 Abs. 2 allgemein auf das dingliche Erfüllungsgeschäft nicht anwenden.

Wir kommen nun zu den Meinungen in der Literatur, die auf irgendeine Weise die Vorschrift des § 164 Abs. 2 bei der Übereignung ausschalten wollen.

---

16) Vgl. Cohn S. 28.
17) Vgl. darüber die ausführliche Darstellung bei Cohn.
18) Vgl. v. Tuhr Bd. I S. 194; Cohn a. a. O.; Gruchot Bd. 48 S. 340.
19) Vgl. darüber auch die näheren Ausführungen unten zu § 17.
20) Vgl. Cohn S. 43.

Hier sollen zunächst die Ansichten betrachtet werden, die ganz allgemein die Anwendung des Offenheitsprinzips auf die Übereignung ablehnen[1]). Es handelt sich um Theorien, die sich aus dem Schrifttum der gemeinrechtlichen Literatur in den Geltungsbereich des BGB herübergerettet haben. Sie sollen hier nur kurz behandelt werden, da ihre Gültigkeit für den Bereich des BGB in der Literatur nur vereinzelt vertreten und dann vielfach auf die gemeinrechtliche Literatur zurückverwiesen wird. Diese Theorien gehen davon aus, daß es dem Vertragsgegner bei dem dinglichen Erfüllungsgeschäft stets vollkommen gleichgültig sei, auf wen er übertrage, und lehnen daher hier die Anwendung des § 164 Abs. 2 ganz allgemein ab. Nach diesen Ansichten kommt es nicht darauf an, in wessen Namen der Vertreter den Übereignungsvertrag abgeschlossen hat. Es soll vielmehr entweder das Interesse oder das Kausalgeschäft oder der Wille darüber entscheiden, wer Eigentümer der Sache geworden ist. Und zwar soll diese Entscheidung auch dort gelten, wo die Parteien etwas Gegenteiliges vereinbart haben.

Alle diese Theorien sind nach der hier vertretenen Ansicht schon deshalb unhaltbar, weil — wie oben unter § 4 gezeigt ist — jedem rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerb für einen Dritten der § 164 zugrunde zu legen ist, wonach allein entscheidend sein kann, auf wessen Namen der Eigentumsübertragungsvertrag geschlossen wurde. Es gilt eben nach dem Recht des BGB das Offenheitsprinzip, mit dem diese Ansichten nicht in Einklang zu bringen sind.

Wie im folgenden zu zeigen sein wird, leiden aber diese Theorien auch noch an anderen Mängeln, die sie als unbrauchbar erscheinen lassen.

a) Zunächst ist die Interessentheorie zu behandeln, die von Ihering[2]) für das gemeine Recht begründet wurde. Nach ihr soll das Interesse der Zwischenperson entscheiden, ob sie Eigentum für sich selbst oder für ihren Geschäftsherrn erworben hat.

Hiergegen ist einzuwenden, daß das im einzelnen Fall zu prüfende Interesse ein zu unsicheres Kriterium für den Eigentumserwerb bedeutet. Diese unsichere Grundlage würde die Verkehrssicherheit beeinträch-

---

[1]) Vgl. vor allem Lenel, IherJahrb. 36 S. 43; Rud. Leonhard, Allgem. Teil S. 367 Nr. 2.

[2]) Ihering, Der Besitzwille, 1889, S. 379 ff.; vgl. auch die Ausführungen Müller-Erzbachs, Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung, aus der Interessenlage heraus entwickelt. Er spricht sich darin für einen sofortigen Eigentumserwerb des Interessenten bei der stillen Stellvertretung aus. Es erübrigt sich, auf diese Ausführungen hier näher einzugehen, da — wie er selbst in IherJahrb. 53, 338 zugibt — diese Ausführungen nur de lege ferenda gemeint sind. Im übrigen sprechen gegen diese Interessenlösung dieselben Argumente, wie oben gegen Iherings Interessentheorie angeführt werden.

tigen[3]). Man darf sich nicht in jedem Fall von seinem subjektiven Rechtsgefühl leiten lassen. Die äußere Erkennbarkeit der dinglichen Rechte erfordert vielmehr objektive Unterscheidungskriterien.

Die Interessenabwägung kann außerdem nicht zur Ermittlung oder zur Ergänzung der positiven Rechtssätze in Frage kommen. Sie ist lediglich Mittel der Auslegung für die Parteierklärung[4]), da sie ein Indiz für den vermeintlichen Parteiwillen darstellt. Der Gesetzgeber selbst hat aber in den Vorschriften des Gesetzes eine Interessenabwägung bereits vorgenommen; indem er in § 164 Abs. 2 der Stellvertretung das Prinzip der Offenheit zugrunde legte, hat er sich für den Eigentumserwerb des Vertreters entschieden, soweit das Vertretungsverhältnis nicht hervorgetreten ist.

b) Da das Interesse ein zu unsicheres Unterscheidungsmerkmal ist, legt die Kausaltheorie als objektives Merkmal für die Richtung der Eigentumsübertragung die causa des Eigentumserwerbs zugrunde, da in dieser das typische Interesse des Veräußerers hervortrete[5]).

Diese Lehre hat Lenel[6]) in folgenden beiden Sätzen zusammengefaßt:

1. „Wer im Auftrage eines andern Besitz erwirbt auf Grund eines für diesen andern bestehenden oder zu begründenden Kausalverhältnisses, erwirbt Besitz und Eigentum für diesen andern."

2. „Wer, sei es auch im Interesse oder im Auftrage eines andern, Besitz erwirbt auf Grund eines für ihn selbst bestehenden Kausalverhältnisses, erwirbt Besitz und Eigentum für sich selbst. Eine Ausnahme hiervon gilt für den Prokurator und den Vormund."

Diese Regel soll auch gelten, wenn die Traditionsparteien ausdrücklich in ihren Erklärungen eine andere Person als Erwerber bestimmt haben[7]). So unbedingt ausschlaggebend kann jedoch das Kausalverhältnis nicht sein. Die Wirkungen des Rechtsgeschäfts treten vielmehr nur aus dem Grunde ein, weil sie als gewollt erklärt sind. Dies gilt auch für das dingliche Rechtsgeschäft, die Eigentumsübertragung. Es kann daher — wie oben unter § 5 gezeigt wurde — dem Kausalverhältnis keine andere Bedeutung beigemessen werden, als daß es zur Auslegung — zur Erforschung des objektiven Sinns dieser Traditionserklärung —

---

3) Vgl. Lenel, IherJahrb. Bd. 36 S. 53; Regelsberger ebd. Bd. 44 S. 40; Leonhard, Vertretung S. 50.

4) Vgl. Manigk, Savigny und der Modernismus im Recht S. 332/33; Rümelin S. 227.

5) So Lenel in IherJahrb. Bd. 36 S. 57; Regelsberger ebd. Bd. 44 S. 415 u. 426.

6) So Lenel S. 57.

7) Vgl. Lenel S. 67; Regelsberger S. 410; vgl. dagegen die Ausführungen Leonhards, Vertretung S. 51; Rümelin S. 234.

verwandt wird. Der Tradent kann als Eigentümer der Sache dieselbe auf den übertragen, dem er sie übertragen zu wollen erklärt. Er ist durch das Kausalverhältnis in keiner Weise gebunden.

Leonhard (S. 51) führt ferner gegen diese Kausaltheorie an: da die causa als Ausdruck des typischen Interesses zu beachten wäre, könne nur eine gültige causa gemeint sein. Die Durchführung der Kausaltheorie würde also zu einer Abhängigkeit der abstrakten Eigentumsübertragung von dem zugrunde liegenden Kausalgeschäft führen. Denn ein Eigentumsübergang müßte konsequent abgelehnt werden, wenn ein gültiges Kausalverhältnis nicht besteht.

Im Ergebnis wird jedoch das Ergebnis Lenels meist mit unserer Ansicht übereinstimmen, da regelmäßig der objektive Sinn der Übertragungserklärung auf den Gläubiger des Kausalverhältnisses hinweist und eine abweichende Vereinbarung der Parteien in den seltensten Fällen vorliegen wird [8]). Nicht aber kann das Kausalverhältnis als notwendige Voraussetzung für den Eigentumserwerb gelten.

c) Wir kommen nun zu der wichtigsten im gemeinen Recht herrschenden Theorie. Das ist die Willenstheorie. Bei dieser werden zwei Ansichten vertreten. Nach der einen soll der Wille der Zwischenperson, nach der andern der Wille des Veräußerers über den Erwerb des Eigentums entscheiden.

Betrachten wir zunächst die erstere, die hauptsächlich von Bremer [9]) vertreten wurde, und die davon ausgeht, daß das Interesse der Zwischenperson an dem Eigentumserwerb größer ist als das des Veräußerers, dem es meist gleichgültig ist, wer erwirbt. Diese Willenstheorie ist aber nach dem BGB unhaltbar, denn der innere Wille ist für die Herbeiführung von Rechtswirkungen nicht geeignet, ebensowenig der aus den Umständen zu ermittelnde Wille, der meist nur eine Fiktion darstellt [10]). Das Gesetz knüpft die Rechtswirkungen nur an den erklärten Willen. Dies ist für den vorliegenden Fall in § 164 Abs. 2 noch einmal besonders zum Ausdruck gekommen [11]).

Außerdem ist die Willenstheorie praktisch undurchführbar, da ein bestimmter Wille meist gar nicht vorhanden ist. Dies hat Lenel [12]) durch sein Rundschreiben bei den Hamburger Kommissionären bewiesen. Die Antwort lautete: „Ihr Wille gehe nur dahin, die Kommission auszu-

---

[8]) Vgl. Leonhard, Vertretung S. 50.

[9]) Bremer in Ztschr. f. Zivilrecht u. Prozeß N.F. Bd. 11 (1854); vgl. für das heutige Recht die ähnliche Stellungnahme von Langen S. 99 und R. Leonhard, Allgem. Teil S. 367.

[10]) So Lenel S. 46 gegen Bremer a. a. O. S. 50 u. S. 55.

[11]) Vgl. Leonhard, Vertretung S. 40; Regelsberger a. a. O. S. 419.

führen. Die Eigentumsfrage sei nicht ihre, sondern der Juristen Sache." Hieraus erhellt, daß in der Praxis ein solcher Wille, entweder für sich oder für den Vertretenen zu erwerben, gar nicht vorhanden ist[13]). Sollte das aber ausnahmsweise doch der Fall sein, so könnte das Vorhandensein des Willens in der Praxis nicht bewiesen werden.

Aber auch aus folgendem Grunde ist diese Theorie bedenklich. An seinen eigenen Willen hält sich niemand gebunden, trotzdem würde eine Unterschlagung vorliegen, wenn der Mittler die für einen anderen erworbene Sache nachher für sich verwenden würde[14]).

Aus diesen Gründen ergibt sich die Unhaltbarkeit der Willenstheorie.

Gegen die Ansicht[15]), daß der Wille des Veräußerers bei der Eigentumsübertragung entscheiden soll, sprechen im wesentlichen dieselben Gründe. Auch hier wird der Tradent meist keine bestimmte Person im Auge haben, auf die er das Eigentum übertragen will. Die Unsicherheit des Unterscheidungsmerkmals und die Schwierigkeit, dasselbe im einzelnen Fall zu beweisen, führen zur Ablehnung auch dieser Lehre. Über die Rechtswirkungen entscheiden nur die Vertragsbestimmungen der Parteien, also alles, was objektiv dem Vertragsgegner gegenüber erkennbar erklärt ist.

§ 8.

2. Ansichten, die dem § 164 Abs. 2 dann die Anwendung versagen, wenn dem Veräußerer die Person des Erwerbers gleichgültig ist.

Wir kommen nun zu den für das heutige Recht wichtigeren Ansichten, die nur in bestimmten Fällen die Bestimmung des § 164 Abs. 2 für den Eigentumserwerb ausschalten, die sie also grundsätzlich auch für das dingliche Geschäft zur Anwendung bringen. Hierzu gehört zunächst die große Gruppe derer, die den § 164 Abs. 2 in den Fällen nicht zur Anwendung kommen lassen will, in denen dem Veräußerer die Person des Erwerbers gleichgültig ist (z. B. beim Barkauf)[1]). Hier soll also

---

[12]) Vgl. Lenel S. 49.

[13]) Vgl. Regelsberger a. a. O. S. 405; Lenel a. a. O. S. 46; Leonhard, Vertretung S. 40.

[14]) Vgl. Leonhard S. 42/43; Lenel S. 50.

[15]) Diese Ansicht wurde für das gemeine Recht von Savigny („Das Recht des Besitzes") S. 306 vertreten.

[1]) So Langen S. 100; Cosack Bd. I § 101, II, 1c und Bd. II § 108, II, 2b; Mumm, Recht 1901 S. 137; Matthiaß, Lehrb. § 56, II, B 1; RGRKomm. zu § 929, 3; Lehmann, Allgem. Teil § 36, IV, 2c; Staudinger zu § 929 Erl. IV, 2b β; Oertmann zu § 164 Erl. 1b β; SeuffArch. Bd. 60 S. 231; Gruch. Bd. 47 S. 987; RG. Bd. 30, S. 141.

eine Kundgabe des Vertretungswillens nicht erforderlich sein. Eine nähere Begründung, weshalb die positive Bestimmung des Gesetzes in diesen Fällen außer acht gelassen werden darf, wird von den Vertretern dieser Ansicht nicht gegeben[2]). Sie gehen lediglich von dem Standpunkt aus, daß die durch § 164 Abs. 2 geschützten Interessen in den vorliegenden Fällen eines Schutzes nicht bedürften oder meist auch gar nicht vorhanden seien. Ein solches Interesse bestehe eben in der Hauptsache nur bei obligatorischen Verträgen.

So führt Langen (S. 99) aus, der Veräußerer werde, sowohl wenn der Handelnde für sich als auch, wenn er für einen Vertretenen Eigentum erwerbe, von seiner Pflicht aus dem Vertrage befreit (§ 362 Abs. 2), und ein nach § 164 Abs. 2 zu schützendes Interesse sei daher nicht vorhanden. Deshalb glaubt er den § 164 Abs. 2 einfach übergehen zu können.

Demgegenüber ist aber auf die Ausführungen oben unter § 4 und unten zu § 20 hinzuweisen. Einmal ist ein Eigentumserwerb der Zwischenperson oft zur Sicherung ihrer Ansprüche gegen den Geschäftsherrn dringend erforderlich, und außerdem kommt bei Käufen größeren Umfangs der Gegenstand für den Veräußerer evtl. später als Vollstreckungsobjekt in Frage[3]).

Es kann auch niemals von dieser „seelischen Tatsache der Gleichgültigkeit“ auf seiten des Tradenten eine Vertragswirkung abhängig gemacht werden[4]). Nur Willenserklärungen sind geeignet, solche Rechtswirkungen herbeizuführen.

Ferner führt Langen[5]) zur Begründung seiner Ansicht an, daß sich aus § 1381 die Möglichkeit eines unmittelbaren Eigentumserwerbs durch den Geschäftsherrn beim Handeln im eigenen Namen ergebe. Aus dieser Bestimmung kann jedoch ein Argument für diese Ansicht keinesfalls abgeleitet werden, da § 1381 eine Ausnahmebestimmung darstellt, die den Schutz des vom Manne verwalteten eingebrachten Gutes bezweckt. Der Mann handelt auch nach § 1381 nicht als gesetzlicher Vertreter der Frau, denn dies ist er nach keinem der Güterstände; ebenso nicht als bevollmächtigter Vertreter. Er handelt vielmehr kraft seines ihm an dem eingebrachten Gut zustehenden Verwaltungsrechts. Aus dieser Vorschrift kann also kein Schluß bezüglich der Regel der Stellvertretung gezogen werden.

Das Hauptargument gegen diese Ansicht besteht aber darin, daß sie mit dem Inhalt des Gesetzes — nämlich mit den Bestimmungen des § 164 Abs. 2 — nicht vereinbar ist. Denn — wie oben unter § 4 ausge-

---

[2]) Vgl. Hoeninger in JW 1926 S. 243.
[3]) Vgl. Leonhard, Vertretung S. 29; Cohn S. 164.
[4]) Vgl. Manigk, We.u.Wg. S. 446.
[5]) Langen S. 104 Anm. 2.

führt — ist diese Vorschrift als Bestimmung des Allgemeinen Teils sowohl im Schuldrecht wie im Sachenrecht anzuwenden. Mumm [6]) gibt sogar als Anhänger dieser Theorie selbst zu, daß sie mit dem Gesetz nicht in Einklang stände, stimmt ihr aber trotzdem zu.

Überdies muß bei dieser Lehre, die § 164 Abs. 2 da außer acht läßt, wo die Person des Erwerbers dem Veräußerer gleichgültig ist, die Frage auftauchen, was darüber entscheiden soll, ob die Zwischenperson oder der Geschäftsherr unmittelbar das Eigentum erwirbt. Hierüber bestehen unter den Anhängern dieser Theorie zwei Ansichten. Die einen lassen den irgendwie aus den Umständen hervorgetretenen Willen der Zwischenperson [7]), die andern das Innenverhältnis zwischen dieser und dem Geschäftsherrn [8]) entscheiden.

Gegenüber der ersten Ansicht sei auf die obige Stellungnahme gegen die Willenstheorie verwiesen [9]). Was dort gegen den entscheidenden Einfluß des inneren Willens gesagt ist, gilt meist auch gegen die Entscheidung durch den irgendwie aus den Umständen zu entnehmenden Willen; denn auch der innere Wille kann nur so festgestellt werden, daß man aus den Umständen auf sein Vorhandensein schließt. Aber auch der meist von der Rechtsprechung vertretene Standpunkt, daß das Innenverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Zwischenperson entscheide, ist nicht haltbar. Denn es liegt kein Grund vor, wegen der Gleichgültigkeit des Tradenten dem Auftrag oder sonstigen Innenverhältnis einen Einfluß auf die Eigentumsübertragung zuzusprechen [10]). Über den Inhalt der abstrakten Eigentumsübertragung entscheiden vielmehr allein die Erklärungen der Parteien.

Diese Ansichten, die — soweit es dem Tradenten gleichgültig ist, wer erwirbt — den irgendwie hervorgetretenen Willen oder das Innenverhältnis entscheiden lassen wollen, sind daher abzulehnen.

Die Ansicht, die das Innenverhältnis zwischen der Mittelsperson und dem Geschäftsherrn über den Eigentumserwerb entscheiden läßt, fußt im wesentlichen auf der Lehre, die Jung in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 47

[6]) Mumm im Recht 1901 S. 137.

[7]) So vor allem Langen S. 105; Oertmann zu § 164 Erl. 1 e β; Cosack Bd. I § 101, II, 1 c a: Bd. II § 198, II, 2 b; SeuffArch. Bd. 60 S. 230; Gruchot Bd. 47 S. 988.

[8]) Vgl. RG Bd. 100 S. 193, Bd. 109 S. 169; Gruchot 67 S. 321; Recht 1924 Nr. 1666; LZ 1927 S. 263; SeuffArch. Bd. 78 S. 136; noch weitergehend OLG Stettin in LZ 1924 S. 476, das auch dann das Innenverhältnis entscheiden lassen will, wenn der Tradent dem Handelnden das Eigentum übertragen wollte.

[9]) Vgl. oben unter § 7 c.

[10]) Vgl. Manigk, We.u.Wg. S. 466.

S. 183 ff. aufgestellt hat[11]). Da sie jedoch von der Lehre Jungs im wesentlichen abweicht, soll letztere hier nochmals gesondert zur Darstellung gelangen.

Jung (S. 184) stellt die Behauptung auf, daß beim Erwerb einer Spezies für Rechnung eines anderen, jedoch im eigenen Namen (Kommissionsgeschäft) der Geschäftsherr unmittelbar das Eigentum erwerben soll. Hierher sollen aber nicht nur die Fälle gehören, wo im Kommissionsgeschäft die Kaufsache individuell bestimmt ist, sondern auch diejenigen, wo der Kommissionär eine der Kommission entsprechende Menge eines der Gattung nach bestimmten Gegenstandes erwirbt.

Jung geht davon aus, daß der Veräußerer einen unbestimmten Willen habe, d. h. daß seiner Interessenlage nach sein Wille nicht auf eine bestimmte Person als Erwerber gerichtet sei (S. 191). Außerdem sei nach § 929 nur die Einigung erforderlich, daß das Eigentum, gleichviel auf wen, übergehen soll. Eine Einigung auf eine bestimmte Person sei nach dem BGB nicht erforderlich. Das ergebe sich aus dem Entwurf I, in dem die § 929 entsprechende Bestimmung lautete: „... einig sind, daß das Eigentum auf den Erwerber übergehen soll"[12]). Es liege also auf seiten des Veräußerers nur ein Aufgeben des Eigentums und des Besitzes bei der Übergabe vor (S. 195). Da sich daher nach der Einigung die Richtung der Tradition nicht bestimmen lasse, müsse die Übergabe, der Besitzerwerb entscheiden (S. 196). Diese weise auf Grund des Kommissionsgeschäfts (Innenverhältnis) gemäß § 868 auf den Geschäftsherrn hin, der demnach das Eigentum erwerbe. Der Kommissionär müsse zwar den Willen haben, für seinen Herrn den Besitz zu erwerben, dieser Wille sei aber in der Ausführung des Auftrags gegeben (S. 199 u. 200). Da aber der Besitz nur an einer selbständigen individuell bestimmten Sache bestehen könne, sei auch nur an der Spezies ein unmittelbarer Eigentumserwerb des Geschäftsherrn möglich. Denn es bedürfe zur Begründung eines dinglichen Rechts „eines räumlich existierenden konkreten Herrschaftssubstrates" (S. 189).

Eine Anwendung des § 164 auf die Einigung des § 929 hält Jung deshalb für unzulässig, weil der Eigentumsübergang nach § 929 nicht als „gewollte Rechtswirkung rechtsgeschäftlicher Erklärung, sondern nach gesetzlicher Voraussetzung eintrete" (S. 225 Anm. 64). Hiergegen sprechen die obigen Ausführungen, daß die Einigung nach § 929 einen dinglichen Vertrag darstellt, der aus zwei Willenserklärungen besteht. Die Einigung besteht nicht einfach in einem Verzicht des Veräußerers auf

---

11) Vgl. Cohn S. 152 Anm. 1; vgl. auch die oben unter § 8 Anm. 8 aufgezählten Entscheidungen des RG, die im wesentlichen auf die Lehre von Jung zurückzuführen sind.

12) Vgl. Jung S. 194, Entw. I § 874.

sein Eigentumsrecht, sondern sie muß zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber der Sache zustandekommen. Auf diese Willenserklärungen der Einigung findet, wie oben dargestellt, das Offenheitsprinzip des § 164 Anwendung.

Jung führt zur Begründung seiner Lehre noch an, daß es auch andere Fälle gebe, wo ohne Handeln in fremdem Namen eine unmittelbare Rechtswirkung für den Geschäftsherrn eintrete. Dies sei einmal in § 392 Abs. 2 HGB der Fall (S. 222). Hier liegt jedoch eine Ausnahmebestimmung vor, die nicht analog ausgedehnt werden kann. Ferner sei ein solcher Fall bei der Verkaufskommission gegeben, wo auch der Kommissionär nicht zwischendurch das Eigentum erwerbe, sondern dieses gleich von dem Geschäftsherrn auf den Erwerber übergehe (S. 223). Doch hier tritt die unmittelbare Wirkung gemäß § 185 ein, und diese Bestimmung kann — wie unten bei der Ansicht von Tuhrs unter § 12 ausgeführt ist — nicht analog auf den Erwerb im eigenen Namen angewandt werden.

Hierdurch dürfte der Lehre Jungs widerlegt werden.

In den Fällen, in denen der Kommissionär eine größere als die im Kommissionsgeschäft bestimmte Menge einer Gattung erwirbt, wo also der Kaufgegenstand für den Kommittenten noch nicht individualisiert ist, soll der Kommissionär zunächst selbst Eigentümer werden. Der Geschäftsherr soll das Eigentum mit der Individualisierung (Ausscheidung) durch constitutum possessorium nach § 930 erwerben (S. 185, 208 u. 233). Die Besitzübermittlung sei in dem Kommissionsgeschäft enthalten. Demgegenüber sei auf die Ausführungen unten zu § 19 II hingewiesen, daß eine antezipierte Besitzübertragung nicht möglich ist. Sollte Jung damit eine Weiterübertragung durch Selbstkontrahieren nach §§ 181, 930 gemeint haben, so sei auf die Darstellung der Erfordernisse einer wirksamen Weiterübertragung durch Selbstkontrahieren unten zu § 18 verwiesen.

§ 9.

3. Die Ausschaltung des § 164 Abs. 2 durch das Rechtsinstitut der „Übertragung auf den, den es angeht".

Schon bei der eben behandelten Lehre findet sich in der Literatur in einigen Fällen die Bezeichnung der „Übertragung auf den, den es angeht", ohne daß dieses Rechtsinstitut klar herausgearbeitet ist. Es genügt hierzu nicht, daß dem Tradenten die Person des Erwerbers gleichgültig ist, vielmehr muß der Veräußerer die Unbestimmtheit des Erwerbers in seinen Willen aufgenommen haben, d. h. er muß an den Handelnden oder an den, den es angeht, übereignen wollen [1]).

[1]) Vgl. Rühl S. 53/54.

Dieser Theorie steht die Bestimmung des § 164 Abs. 2 nicht entgegen; denn dadurch, daß erklärt wird, das Vertragssubjekt sei noch unbekannt oder objektiv unbestimmt, ist dem Erfordernis der Offenheit genügt. Es braucht nach § 164 Abs. 2 nur hervorzutreten, daß der Handelnde als Vertreter auftritt, ohne daß es der Nennung eines bestimmten Vertretenen bedarf [2]). Ein Verstoß gegen die Bestimmung des § 164 Abs. 2 ist also in dieser Lehre nicht gegeben.

Als Begründer dieser Theorie gilt Rümelin [3]), aber auch schon bei Rudolf Leonhard [4]) finden sich Anfänge dieser Lehre. Sie hat in der Literatur zahlreiche Anhänger gefunden [5]).

Die Eigentumsübertragung geht folgendermaßen vonstatten: Der Veräußerer erklärt: ich übertrage die Sache auf dich oder den, den es angeht, und der Erwerber nimmt ebenso unbestimmt an. Eine solche Erklärung wird allgemein z. B. bei Barkäufen angenommen [6]). Rümelin [7]) geht sogar so weit, zu behaupten, daß eine Vermutung für solch unbestimmten Abschluß spreche, und es einer besonderen Erklärung bedürfe, wenn der Tradent auf eine bestimmte Person übertragen wolle. Dieses sei aus der Interessenlage sowohl des Geschäftsgegners als auch des Geschäftsherrn zu entnehmen.

Eine Interessenabwägung ist hier jedoch schwer möglich, da es sich um drei Beteiligte handelt, und vor allem das etwa bestehende Interesse der Zwischenperson an dem Eigentumserwerb auch in Betracht zu ziehen ist und nicht übersehen werden darf [8]).

In Durchführung dieser Lehre führt Cohn [9]) aus, daß bei der Einkaufskommission ein solcher Erwerb nur selten vorliegen wird, weil hier der Kommissionär ausdrücklich auf seinen eigenen Namen abschließt und auch nur selten zum Handeln in fremdem Namen bevollmächtigt ist. Hier ist also ein so unbestimmter Vertragsschluß nicht gegeben. Dieses Rechtsinstitut kommt eben nur bei der sog. „verdeckten oder stillen Stellvertretung" in Frage für den Fall, daß der Vertreter im Namen des Geschäftsherrn abschließen will, es nur unterläßt, seine Vertretereigenschaft bekanntzugeben.

---

[2]) Vgl. oben § 6.

[3]) Rümelin, ArchZivPrax. Bd. 93 S. 131 ff.

[4]) Rud. Leonhard, Allgem. Teil S. 364 f.

[5]) Vgl. Cohn S. 154; Rühl S. 53; Lehmann, Allgem. Teil § 36, IV, 2 c; Manigk, Savigny S. 232; Beseler, Zwangsvertretung in DJZ 1912 Sp. 894 ff.; sehr klar OLG Stettin in LZ 1917 Sp. 616; ferner OLG Dresden in Seuff. Arch. Bd. 73 S. 194; OLG Hamburg, ebd. Bd. 60 S. 229 ff.; dagegen OLG-Rspr. Bd. 20 S. 65.

[6]) Vgl. Cohn S. 160/61.

[7]) Vgl.. Rümelin S. 231, 249.

[8]) Vgl. Leonhard, Vertretung S. 28.

[9]) Cohn S. 167/68.

Was soll nun in diesen Fällen entscheiden, auf wen das Eigentum übergangen ist? Rühl (S. 55) will eine allgemeine Interessenabwägung entscheiden lassen, was aber oben schon als unmöglich abgelehnt wurde.

Nach Rümelin (S. 232, 241) entscheidet das Verhältnis zwischen dem etwa vorhandenen Geschäftsherrn und dem Mittler — als objektiver Sinn der Vertreterhandlung. Es handelt sich also um eine „Verweisung"[10] auf das Innenverhältnis.

Diese Ansicht stimmt im Ergebnis mit der von Cohn überein, der bei Handeln für einen Unbekannten das Vertretungsverhältnis (nicht Innenverhältnis, sondern die Tatsache der bestehenden Vollmacht), bei Handeln für einen Unbestimmten die Benennung bzw. den Beitritt des Geschäftsherrn entscheiden läßt. Dem hat der Verfasser auch in seinen Ausführungen oben unter § 6 für den Fall zugestimmt, daß sich ein solcher Abschluß für einen Unbekannten oder für einen Unbestimmten tatsächlich aus den Erklärungen der Parteien ergibt.

Diese ganze Lehre von der „Übertragung auf den, den es angeht", krankt jedoch daran, daß sie einen objektiven Erklärungsinhalt annimmt, der tatsächlich meistens nicht vorhanden ist. Denn die Anhänger dieser Theorie nehmen für bestimmte Fälle allgemein an, daß die Übertragungserklärung auf „den, den es angeht", lautet (so z. B. beim Barkauf). Im gewöhnlichen Geschäftsleben liegt am nächsten die Deutung, daß die Sache auf den Gegenüberstehenden übertragen wird. Eine abweichende Annahme ist regelmäßig nicht gerechtfertigt, und aus diesem Grunde ist die Lehre abzulehnen.

Es besteht jedoch die Möglichkeit, daß sich — wie oben unter § 6 gezeigt ist — bei der Auslegung der Parteierklärungen der Abschluß für einen zu benennenden oder zu bestimmenden Geschäftsherrn ergibt[11]. Dieses ist „dem Rechtsinstitut der Übertragung auf den, den es angeht", sehr ähnlich. Der Unterschied besteht jedoch darin, daß bei der Übertragung auf den, den es angeht, ein objektiver Erklärungsinhalt fingiert wird, der in den anderen Fällen des Abschlusses für einen Unbekannten oder für einen Unbestimmten tatsächlich gegeben ist.

---

[10]) Vgl. darüber oben unter § 6.

[11]) So auch Flad bei Planck zu § 164 Erl. 5 b β.

§ 10.

4. Die Ausschaltung des § 164 Abs. 2 mit Hilfe des „Willensgeschäftes".

Von derselben Voraussetzung wie die Anhänger der Lehre von der Übertragung auf den, den es angeht, gehen Jeroschewitz[1]) und Eichler[2]) aus, die mit Hilfe des Willensgeschäfts eine Lösung der Streitfrage versuchen. Nach ihnen hat die Übertragungsofferte den alternativen Sinn, daß der Veräußerer entweder auf den ihm Gegenüberstehenden oder auf einen evtl. von dieser Person Vertretenen übertragen will.

Nach Jeroschewitz verzichtet der Tradent außerdem gleichzeitig auf eine „Erklärung der Annahme"[3]). Das Geschäft soll dann nach § 151 durch Willensgeschäft zustande kommen, worauf das Offenheitsprinzip keine Anwendung finde, da dieses nur bei Willensäußerungen mit Kundmachungszweck (Willenserklärungen) von Bedeutung sein kann[4]). Dies soll besonders für die Fälle gelten, wo dem Veräußerer die Person des Erwerbers gleichgültig ist.

Dem kann jedoch nicht zugestimmt werden, denn durch die Entgegennahme der Sache erklärt der Empfänger ja dem Tradenten die Annahme. Es liegt also eine stillschweigende Annahme und nicht ein Fall des § 151 vor[5]). Daher kann von einem Verzicht nicht die Rede sein. Dies ergibt sich auch daraus, daß der Tradent ein Interesse daran hat zu erfahren, ob Eigentum übergegangen ist[6]).

Nach Eichler (S. 45, 52) wird daher nur die Bestimmung der Person des Erwerbers durch Willensgeschäft nach § 151 vorgenommen und damit der § 164 Abs. 2 ausgeschlossen.

---

1) Jeroschewitz, Vertretung S. 29 u. S. 68.

2) Eichler, Vertretung für denjenigen, den ... S. 44.

3) Die Frage, ob in § 151 überhaupt keine Erklärung erforderlich ist oder ob nur ein Zugehen derselben zu ihrer Wirksamkeit nicht nötig ist, ist bestritten. Da die Unterscheidung praktisch zu demselben Ergebnis führen würde, ist hier von einer näheren Erörterung abzusehen. Nach dem Wortlaut und dem Wesen des Vertrages als zwei übereinstimmenden Willenserklärungen ist jedoch anzunehmen, daß in den Fällen des § 151 nur von einem „Zugehen" der Erklärung abgesehen werden kann. Vgl. Leonhard, Lehrbuch S. 41; anders z. B. Lehmann, Allgemeiner Teil § 33, III, 3 b.

4) Es kann an dieser Stelle nicht näher auf die Frage eingegangen werden, ob es zweckmäßig ist, zwischen Willenserklärung und Willensgeschäft zu unterscheiden. Dafür: Manigk, We.uWg. S. 348 ff., 419, 553; ders. Irrtum u. Ausl. S. 4 Note 1, S. 177 Note 4; v. Tuhr Bd. II, 1 § 61, I, 2; H. Lehmann, Allg. Teil S. 129; Staudinger Bem. II, 3 c vor § 104; dagegen: Enneccerus, Allgem. Teil § 136, II A 2 c u. Anm. 7; Dernburg § 106, II; Jung bei Stammler S. 566, 567.

5) Vgl. Leonhard, Lehrb. S. 41.

6) So Eichler S. 52.

Gegen diese Lehre ist zunächst anzuführen, daß die Annahme einer solchen alternativen Übereignungsofferte als objektiver Erklärungsinhalt in den meisten Fällen nicht gerechtfertigt ist. Liegt aber tatsächlich objektiv eine solche alternative Offerte und eine in bezug auf die Person des Erwerbers unbestimmte Annahme vor, so ist mit einem unbestimmten oder unbekannten Subjekt abgeschlossen[7]). Dem Erfordernis des § 164 Abs. 2 ist daher schon genügt, ohne daß es der Konstruktion über ein Willensgeschäft bedarf. Bei dieser nachträglichen Bestimmung oder Benennung des Vertragssubjekts, die meist von der Zwischenperson vorzunehmen ist, handelt diese aber auch nicht als Vertreterin ihres benannten oder bestimmten Geschäftsherrn, sondern auf Grund eigener Befugnis. Bei dieser Bestimmung kommt demnach die Anwendung des § 164 Abs. 2 nicht in Frage. Ein Eingehen auf die Frage, ob diese Bestimmung des Vertragssubjekts ein Willensgeschäft darstellt und ob für dieses der § 164 Abs. 2 keine Anwendung findet, erübrigt sich also[8]).

§ 11.

5. Nach Eck gilt § 164 Abs. 2 nur im Verhältnis zwischen dem Veräußerer und der Zwischenperson.

Eck[1]) legt nun die Bestimmung des § 164 Abs. 2 so aus, daß sie nur im Verhältnis zwischen der Mittelsperson und dem Geschäftsgegner gelte. Der nicht erkennbare Vertretungswille soll also nur im Verhältnis der beiden Handelnden zueinander außer Betracht bleiben. Diese Ansicht hat auch in der Literatur einige Anhänger gefunden[2]). Danach haften dem Vertragsgegner aus dem obligatorischen Vertrag sowohl der Handelnde selbst als auch der Vertretene. Außerdem erwirbt der Vertretene den Gegenstand unmittelbar, wenn es sein Interesse fordert. Nur im Verhältnis zwischen Mittler und Geschäftsgegner gilt der Mittler als Erwerber.

Zu einer solchen Auslegung der Gesetzesbestimmung des § 164 Abs. 2 gibt jedoch ihr Inhalt keinen Anlaß. Es müßten, um der Ansicht Ecks beitreten zu können, die Worte „dem Vertragsgegner gegenüber" in der Vorschrift des Gesetzes stehen[3]). Da dies nicht der Fall ist, ist diese Auslegung nicht gerechtfertigt.

---

[7]) Vgl. oben § 6.

[8]) Vgl. darüber Manigk, Rechtsgeschäfte S. 392; Eichler S. 51.

[1]) Eck, Vorträge Bd. I S. 179.

[2]) Vgl. David in Recht 1901 S. 507; Bracht, ebd. 1901 S. 558; Fischer-Henle zu § 164 Erl. 7; ähnl. Rehbein zu §§ 164—181 Anm. I, 3 b.

[3]) Vgl. Rümelin S. 214; Isay, Geschäftsführung 324.

Die Unhaltbarkeit der Eckschen Lehre ergibt sich ferner aus der Betrachtung, daß man bei ihrer Durchführung zu einem relativen Eigentumsbegriff gelangt, der keinesfalls durch eine so unsichere Vorschrift wie die des § 164 Abs. 2 begründet werden kann[4]). Gegenüber Dritten wäre der Vertretene Eigentümer geworden, während dem Vertragschließenden gegenüber die Zwischenperson Eigentümerin des Gegenstands ist.

Auch in anderer Beziehung erweist sich die Ansicht als durchaus unbillig. So erscheint es vollkommen unberechtigt, daß der Vertragsgegner nun noch einen neuen vielleicht solventeren Schuldner in der Person des Vertretenen erhält, mit dem er gar nicht gerechnet hat und von dessen Existenz er nichts wußte. Auch wird es häufig gegen die Interessen des Vertretenen verstoßen, wenn er selbst auch persönlich aus dem Kaufvertrag haftet[5]).

Zum Schluß ist gegen die Ecksche Lehre noch zu sagen, daß die Voraussetzung für den Eintritt der unmittelbaren Vertretungswirkung in Abs. 1 und nicht in Abs. 2 des § 164 geregelt ist. Hier wird aber Abschluß „im Namen" des Geschäftsherrn verlangt. Daher wird diese Ansicht auch in der Literatur fast allgemein abgelehnt[6]).

§ 12.

III. v. Tuhr will unter Aufrechterhaltung des § 164 Abs. 2 für die Eigentumsübertragung mit Hilfe einer Analogie von § 185 einen unmittelbaren Eigentumserwerb des Geschäftsherrn herbeiführen.

v. Tuhr[1]) will eine Lösung in einer analogen Anwendung des § 185 gefunden haben. Er geht von folgenden Erwägungen aus: Über fremde Sachen könne man auf zweierlei Art verfügen:

1. in fremdem Namen nach §§ 164 ff.,
2. im eigenen Namen nach § 185.

Es wäre nicht einzusehen, weshalb man nicht auch auf zweierlei Art unmittelbar für einen anderen Sachen erwerben könne.

Hieraus zieht v. Tuhr den Schluß, daß auch beim Handeln im eigenen Namen nach analoger Anwendung des § 185 für den Geschäfts-

---

4) Vgl. Oertmann zu § 164 Anm. 1 b.

5) Vgl. hier die ausführliche Darstellung bei Leonhard, Vertretung S. 13/14.

6) Vgl. statt aller Planck zu § 164 Erl. 2.

1) v. Tuhr, Allgem. Teil Bd. II, 2 § 84, III S. 350; zustimmend Manigk, im HWRechtsW. III S. 312.

herrn Eigentum erworben werden könne. Voraussetzung hierfür sei nur, daß die Interessen des Veräußerers nicht beeinträchtigt werden, was bei dinglichen Rechtsgeschäften nicht zu befürchten sei. Der Erwerb tritt hier — vgl. den Gegensatz zum antizipierten Konstitut — unmittelbar in der Person des Geschäftsherrn ein. Dieser ist also Rechtsnachfolger des Veräußerers und nicht der Zwischenperson. Vertragsgegner bleibt aber die Zwischenperson, die daher auch evtl. Anfechtungsgegner ist. Hierin liegt der Gegensatz zur Stellvertretung, wo der Vertretene Anfechtungsgegner ist.

Diesen Ausführungen v. Tuhrs kann aber nicht beigestimmt werden, denn sie verstoßen gegen den Zweck der Bestimmung des § 185 und vor allem gegen das im Sachenrecht geltende Publizitätsprinzip [2]). Denn in § 185 wird der Unterschied zwischen „der äußeren Rechtslage und der inneren Rechtsgestaltung" ausgeglichen. Derjenige erwirbt durch Einwilligung oder Genehmigung des Berechtigten das Eigentum, der auf Grund seines Besitzerwerbs und der an ihn erfolgten — wenn auch unwirksamen — Übereignung nach außen als Eigentümer der Sache erscheint.

Da aber in unserem Fall — beim Erwerb im eigenen Namen — Recht und Rechtsschein völlig übereinstimmen, ist eine entsprechende Anwendung des § 185 nicht zuzulassen. Man würde durch diese Zulassung vielmehr eine Wirkung herbeiführen, die nach außen in keiner Weise ersichtlich ist, und das würde gegen das im Sachenrecht geltende Publizitätsprinzip verstoßen.

Außerdem ist eine rechtsgeschäftliche Eigentumsübertragung nur durch Einigung zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber und Übergabe bzw. Übergabeersatz möglich. Hieraus erhellt, daß der Ansicht v. Tuhrs nicht zugestimmt werden kann.

B. Die Übergabe.

§ 13.

I. Der Erwerb des unmittelbaren Besitzes nach § 855.

Das zweite Erfordernis für die Eigentumsübertragung nach § 929 ist die Übergabe. Eine wirksame Übergabe im Sinne von § 929 liegt unzweifelhaft dann vor, wenn der Erwerber durch die Übergabe an die Mittelsperson den unmittelbaren Besitz erlangt.

---

[2]) Vgl. Cohn S. 151.

Eine Stellvertretung im Besitz so, daß der Vertretene nach §§ 164 ff. unmittelbarer Besitzer wird, ist nicht möglich[1]). Denn die Stellvertretungsgrundsätze gelten nur für Willenserklärungen, und da der Erwerb des Besitzes sich nach § 854 Abs. 1 als Erwerb der tatsächlichen Sachherrschaft — als ein Realakt — darstellt, ist eine Stellvertretung hier nicht möglich. Der Erwerb des Besitzes tritt unabhängig vom Willen auf Grund eines äußeren Tatbestandes ein[2]). Da sich die Unanwendbarkeit der Bestimmungen der §§ 164 ff. auf den Besitzerwerb durch Dritte ergeben hat, entscheiden für die Voraussetzungen dieses Erwerbs allein die Spezialregeln des Sachenrechts.

Der unmittelbare Besitz kann für den Geschäftsherrn durch einen Besitzdiener nach § 855 erworben werden. Für dieses Besitzdienstverhältnis ist nicht die mehr oder weniger feste Bindung durch ein Dienst- und Auftragsverhältnis kennzeichnend. Es entscheidet hier vielmehr das Vorhandensein eines sozialen Abhängigkeitsverhältnisses[3]). Liegt ein solches Gewaltverhältnis vor, so hat nach der Anschauung des Lebens der Herr die tatsächliche Gewalt, denn die Sache befindet sich noch in seinem Herrschaftsbereich. Die Hauptfälle der Besitzdienerschaft sind die Dienstboten und Angestellten.

Aus dieser Natur der Besitzdienerschaft ergibt sich, daß sich der Geschäftsmittler nicht durch seinen Willen als Gehilfe in den Dienst des Geschäftsherrn stellen und so einen Erwerb des unmittelbaren Besitzes für diesen herbeiführen kann, indem er sich selbst zum Besitzdiener macht. Dies hält jedoch Planck[4]) unter erweiterter Auslegung des § 855 für möglich. Hiergegen führt Leonhard[5]) mit Recht aus, daß es dann jedem unmittelbaren Besitzer, der mit der Eigentumsklage belangt wird, freistände, „sich selbst zum Besitzdiener seines Herrn zu degradieren" und sich so der Klage zu entziehen, was zu unmöglichen Konsequenzen führen würde. Zur Besitzdienerschaft gehört eben ein soziales Abhängigkeitsverhältnis, d. h. eine tatsächliche Machtstellung des Herrn über den Besitzdiener. Dieses kann aber nicht durch den bloßen Willen des unmittelbaren Besitzers geschaffen werden.

Ein Fall, wo auch durch einen Dritten der Geschäftsherr unmittelbarer Besitzer werden kann, ist in § 854 Abs. 2 geregelt, und zwar dann, wenn der Geschäftsherr in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben. Da dieser Fall beim Eigentumserwerb durch Zwischenpersonen nur selten vorkommt, kann hier von einer näheren Erörterung abgesehen werden.

---

[1]) Vgl. statt aller Planck zu § 854 Erl. 5; Leonhard, Vertretung S. 59.
[2]) Vgl. Rümelin a. a. O. S. 181.
[3]) Vgl. Planck zu § 855 Erl. 2; Biermann zu § 855 Erl. 2a.
[4]) Planck zu § 929 Erl. 5 a. E.
[5]) Leonhard, Vertretung S. 81.

§ 14.

II. Der Erwerb des mittelbaren Besitzes nach § 868.

1. Der Erwerb des mittelbaren Besitzes nach § 868 genügt zur „Übergabe", wenn der Veräußerer den Besitz verliert.

Es ist aber für den Geschäftsverkehr unerläßlich, daß der Vertretene durch Übergabe der Sache an den Vertreter auch dann Eigentümer wird, wenn der Vertreter nicht Besitzdiener des Geschäftsherrn und der Geschäftsherr daher nicht unmittelbarer Besitzer der Sache geworden ist. Das BGB sagt über diese Möglichkeit nichts. Es ist daher zu untersuchen, ob zur „Übergabe" im Sinne von § 929 nicht auch die Verschaffung des mittelbaren Besitzes genügt, wenn nämlich der Veräußerer seinen Besitz verliert.

Wie sich aus den Motiven [1]) ergibt, ist unter Übergabe die Besitzübergabe zu verstehen. Der Erwerber muß also Besitzer werden [2]).

Unter Besitz ist aber nach BGB nicht nur der unmittelbare, sondern auch der mittelbare Besitz zu verstehen [3]). Dafür spricht vor allem der Wortlaut des § 868, in dem es heißt: „... so ist auch der andere Besitzer" (mittelbarer Besitz) [4]). Außerdem stehen auch dem mittelbaren Besitzer die Klagrechte aus verbotener Eigenmacht sowie aus § 867 BGB zu (vgl. § 869).

Auch der mittelbare Besitz hat wahre Besitznatur, denn er beruht auf einer tatsächlichen Macht, die ihm das Mittlungsverhältnis gibt. Die tatsächliche Gewalt ist nur abgeschwächt, aber nicht völlig aufgehoben. Der mittelbare Besitz stellt also keine bloße Fiktion dar [5]).

Es ist daher anzunehmen, daß eine Übergabe im Sinne von § 929 auch dann gegeben ist, wenn der Veräußerer die Sache an einen Besitzmittler des Erwerbers übergibt [6]). Es sei hier noch erwähnt, daß der

---

1) Mot. Bd. III S. 334.

2) Vgl. Langen S. 87.

3) Vgl. Planck zu § 929 Erl. 5; Biermann zu § 929 Erl. 3b; Leonhard, Vertretung S. 70; Dernburg, Bürgerl. Recht III § 13 Nr. 3, § 14 Nr. 6; Kober bei Staudinger zu § 868, I, 3a; Endemann II § 32, 1; Prot. VI S. 237; anders Wendt, ArchZivPrax. Bd. 87 S. 47 ff.; Prot. III S. 332.

4) Vgl. Langen S. 86 Anm. 2; Dernburg III § 13 Nr. 3.

5) Vgl. Leonhard, Vertretung S. 70; anders Wendt, ArchZivPrax. Bd. 87 S. 49.

6) So Staudinger zu § 929 Erl. 2, IIIb; Cohn S. 162; Biermann zu § 929 Erl. 3; Crome Bd. III § 400, IV; Langen S. 91 und die h. M. — Zu weitgehend Wolff, Sachenrecht § 66, I, 1b: „Es genügt, daß der Veräußerer an jemanden übergibt, an den zu übergeben ihm der Erwerber geheißen hat, auch wenn dieser nicht Besitzmittler des Erwerbers ist." — Dagegen: Leonhard, Vertretung S. 57; Endemann Bd. II, 1 § 80 Nr. 3; Wendt, ArchZivPrax. Bd. 74 S. 162.

mittelbare Besitz hier nicht auf Grund der Stellvertretung (Vollmacht) entsteht. Eine Anwendung der Stellvertretungsgrundsätze ist vielmehr bei dem Realakt des Besitzerwerbs nicht möglich [7]). Der mittelbare Besitz entsteht gemäß § 868 durch das zwischen dem Geschäftsherrn und der Mittelperson bestehende Innenverhältnis [8]).

Durch die Übergabe soll der Eigentumsübergang nach außen hin kenntlich gemacht werden. Bei der Übergabe an den Mittler ist aber diesem Traditionsprinzip genügt. Es kann Leonhard (S. 57) nicht beigestimmt werden, wenn er annimmt, daß hier ein Übergabeersatz nach § 931 vorliege und daher eine wahre Übergabe nur in der Verschaffung des unmittelbaren Besitzes liegen könne. Dies kann aus den Bestimmungen der §§ 930, 931 nicht geschlossen werden, denn es handelt sich bei dieser Regelung um einen Eigentumsübergang ohne Wechsel des unmittelbaren Besitzes [9]). — Bei dem Übergabeersatz des § 930 ist der Eigentumsübergang nicht kenntlich, weil hier der Veräußerer unmittelbarer Besitzer bleibt. Die Kenntlichkeit muß vielmehr erst durch die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses im Sinne von § 868 erreicht werden. In unserem Falle — bei der Übergabe an einen Mittler — dagegen verliert der Veräußerer seinen unmittelbaren Besitz, wodurch der Eigentumsübergang schon nach außen in Erscheinung tritt. Es bedarf also nicht einer besonderen Kenntlichmachung, eines Ersatzes der Übergabe wie im Falle des § 930.

Leonhard (S. 87) wendet ein, daß ein Eigentumsübergang unmittelbar nach § 929 auch aus folgendem Grunde abzulehnen sei. Die etwa bestehenden Pfandrechte des beauftragten Vertreters an der Sache würden nach § 936 Satz 1 untergehen. Dieses würde gegen den Zweck der Bestimmung des § 936 Abs. 3 verstoßen, daß derjenige, der im Besitz der Sache ist, sein dingliches Recht nicht durch die Veräußerung verlieren soll. Diese Unbilligkeit würde durch die Konstruktion des Eigentumserwerbs nach § 931 vermieden werden [10]).

Dem ist entgegenzusetzen, daß auch bei der Annahme eines Erwerbs nach § 929 Satz 1 die Pfandrechte des beauftragten Vertreters nicht erlöschen. Denn der Erwerber wird bei der dinglichen Einigung durch den Vertreter vertreten. Ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb (§ 936 Abs. 2) kommt in bezug auf bestehende Pfandrechte des Vertreters deshalb nicht in Frage, weil der gute Glaube hier gemäß § 166 Abs. 1 in der Person

---

7) Vgl. oben unter § 13.

8) So h. M.: vgl. Wolff, Sachenrecht § 14 Anm. 9; § 66, I, 1 b; Biermann zu § 868 Erl. 5 b; Lehmann, Allgem. Teil S. 272; anders Przibilla a. a. O. S. 332.

9) Vgl. Cohn S. 156.

10) Vgl. unten § 15.

des Vertreters vorliegen muß[11]). Dieser wird hier aber in der Regel durch Kenntnis oder grobfahrlässige Unkenntnis des Vertreters ausgeschlossen. Rümelin[12]) will für die Fälle, wo der Vertreter gutgläubig ist, aus einer Analogie des § 836 III und für die Fälle, wo dem Vertreter nur ein obligatorisches Recht (Miete, Leihe, Kauf) in bezug auf die Sache zusteht, aus einer Analogie des § 986 II den allgemeinen Satz ableiten, daß bei „Verschaffung des mittelbaren Besitzes die Rechte des unmittelbaren Besitzers gewahrt bleiben sollen". In diesen beiden Vorschriften (§ 936 III und § 986 II) kommt zwar der deutschrechtliche Satz zum Ausdruck: sei im Besitze und du bist im Recht. Die Bestimmung ist jedoch positiv nur für eine Übertragung nach § 931 ausgesprochen und daher ist eine Ausdehnung auf den Erwerb nach § 929 bedenklich, was auch Rümelin selbst zugibt. Der Verfasser hält diese Analogie daher für unzulässig. Insoweit erscheint der Einwand Leonhards gegen die herrschende Meinung berechtigt. Doch überwiegen gegenüber diesen seltenen Fällen die oben aufgezählten Gründe und vor allem das praktische Bedürfnis, den Vertretenen das Eigentum auf Grund von § 929 erwerben zu lassen und nicht mit Hilfe der komplizierten Konstruktion Leonhards auf Grund von § 931.

Als Ergebnis unserer Betrachtungen stellen wir fest, daß eine Übergabe im Sinne von § 929 auch dann vorliegt, wenn die Sache einem Besitzmittler des Erwerbers übergeben wird.

§ 15.

2. Die Hilfskonstruktion Leonhards.

Leonhard[1]), der zur Übergabe den Erwerb des unmittelbaren Besitzes fordert, erkennt aber auch die praktische Notwendigkeit eines unmittelbaren Eigentumserwerbs durch den Vertreter für den Geschäftsherrn an. Er hat nun eine Konstruktion erdacht, mit der er grundsätzlich zu demselben Ergebnis kommt wie wir. Der Verlauf ist folgender: Wenn die Sache von dem Veräußerer dem Vertreter übergeben ist, so ist die Einigung nach § 164 zwischen dem Veräußerer und dem Vertretenen zustande gekommen. Der Veräußerer ist aber noch Eigentümer geblieben, da die zum Eigentumsübergang nach § 929 erforderliche Übergabe an den Erwerber (Vertretenen) nicht vorliegt. Dem Veräußerer steht also noch der Eigentumsherausgabeanspruch gegen den besitzenden Vertreter zu. Diesen Anspruch tritt der Veräußerer an den Vertretenen ab, wobei ihn wiederum

11) So auch Rümelin S. 264.
12) Vgl. Rümelin a. a. O. S. 264/65.
1) Leonhard, Vertretung S. 57, S. 84 f.

der Vertreter vertritt. Diese Abtretung ist nun zugleich in dem Übereignungsgeschäft enthalten. Das ergibt sich daraus, daß der Veräußerer bei der Übergabe den Willen hat, der Vertretene „solle die Sache von dem Vertreter fordern können"[2]). Somit geht das Eigentum durch Einigung und Übergabeersatz nach § 929, 931 über.

Diese Konstruktion erscheint zwar etwas künstlich, ist aber im übrigen durchaus einleuchtend. Wir lehnen sie daher nur aus dem Grunde ab, weil wir nach der oben geschilderten Ansicht leichter und einfacher zum Ziele kommen, und es daher überflüssig ist, auf diese Konstruktion zurückzugreifen.

Langen[3]) führt gegen diese Konstruktion an, daß die Parteien das Eigentum nach § 929 und nicht nach § 931 übertragen wollten. Es sei also unzulässig, gegen diesen vorhandenen Willen, der zur Rechtserzeugung nicht ausreiche, den Parteien einen anderen Willen zu unterschieben, den sie in Wirklichkeit nicht gehabt hätten, der aber zur Erreichung des Zweckes ausreiche. Hiergegen läßt sich mit Recht einwenden, daß das rechtsunkundige Publikum den Weg und die juristische Konstruktion nicht kennt und dementsprechend auch keinen bestimmten Willen hat. Die Parteien haben nur den Willen, ihr Ziel zu erreichen, d. h. für unseren Fall, das Eigentum an der Sache zu übertragen[4]). Wie dieser Eigentumsübergang nach dem Gesetz zu konstruieren ist, überlassen sie den Juristen[5]).

Isay[6]) glaubt, er könne die Konstruktion Leonhards damit widerlegen, daß ein Herausgabeanspruch in vielen Fällen nicht bestehe, weil der Veräußerer die Sache gar nicht von dem Vertretenen zurückhaben wolle. Aber auch dieses Argument kann nicht anerkannt werden. Denn ein Anspruch geht nicht deshalb unter, weil der Berechtigte ihn nicht geltend machen will. Solange der Veräußerer Eigentümer und der Vertreter Besitzer ist, steht ersterem der Eigentumsanspruch aus § 985 ohne Rücksicht auf seinen Willen zu.

Die rechtliche Zulässigkeit der Konstruktion kann also nicht bestritten werden.

---

2) So Leonhard, Vertretung S. 85.
3) Langen a. a. O. S. 89.
4) Vgl. Jeroschewitz S. 112.
5) Vgl. auch Enneccerus, Allgem. Teil § 136 II, A, 1 a u. b.
6) Isay, Geschäftsführung S. 344; gegen ihn Jeroschewitz S. 111.

§ 16.

3. Die Voraussetzungen zur Begründung des mittelbaren Besitzes.

Es sollen nun noch die Voraussetzungen für den Erwerb des mittelbaren Besitzes dargelegt werden. Nach § 868 besteht mittelbarer Besitz, wenn „jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse besitzt, vermöge dessen er einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist".

Was ist nun unter diesen „ähnlichen Verhältnissen" zu verstehen? Gehören insbesondere auch Auftrag und Geschäftsbesorgungsvertrag dazu?

Da in den Fällen, wo der Geschäftsherr dem Beauftragten Sachen übergeben hat, zweifellos mittelbarer Besitz besteht, interessieren hier nur die Fälle, wo der Beauftragte für seinen Herrn den Besitz vom Dritten erwirbt. Die Mittelsperson ist zwar stets nach §§ 667, 675 zur Herausgabe der Sachen, die sie im Auftrag ihres Geschäftsherrn erworben hat, verpflichtet, und sie besitzt somit in einem Verhältnis, vermöge dessen sie dem Geschäftsherrn gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt und verpflichtet ist[1]). Doch dies allein kann noch nicht zur Begründung des mittelbaren Besitzes genügen. Es muß irgendwie kenntlich sein, daß noch ein Oberbesitzer vorhanden ist. Es muß daher nach der allgemeinen Ansicht in der Literatur[2]) noch dazu kommen, daß der Beauftragte die Sache für den Geschäftsherrn zu Eigentum erworben hat, was nach der hier vertretenen Ansicht nur bei offenem Handeln möglich ist. Dieses Erfordernis ergibt sich nicht aus dem Offenheitsprinzip der Stellvertretung, welches hier — wie oben ausgeführt — beim Besitzerwerb nicht zur Anwendung gelangen kann. Die Notwendigkeit dieses Erfordernisses ergibt sich vielmehr aus folgenden Gründen. Es würde zu weit führen, wollte man dem Geschäftsherrn an allen in seinem Auftrag erworbenen Sachen mittelbaren Besitz zusprechen, auch wenn die Zwischenperson im eigenen Namen aufgetreten ist und somit selbst Eigentum erworben hat. Wer wäre z. B. mittelbarer Besitzer, wenn die Zwischenperson im Auftrage des A und im Auftrage des B dieselbe Sache besorgt hat? Auch würden wir — wenn wir diese Einschränkung nicht vornehmen — zu

---

[1]) Vgl. Planck zu § 868 Erl. 1 b β; Staudinger zu § 868 Erl.. III, 2 a; Cohn S. 157; Wendt a. a. O. S. 61; RGRKomm. zu § 868; Endemann II § 13 Anm. 19; RG Bd. 100 S. 193.

[2]) Vgl. Biermann zu § 868 Erl. 6; Planck zu § 868 Erl. 1 b β; Wolff § 8 I, 1 b; Prot. III S. 225; anders Bruns S. 167.

der Konsequenz kommen, auch dem Käufer an den ihm vom Verkäufer noch nicht übergebenen Sachen mittelbaren Besitz zuzusprechen. Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß der Auftraggeber dann mittelbarer Besitzer geworden ist, wenn der Beauftragte das Eigentum an der Sache für ihn erworben hat.

Auch das Rechtsverhältnis der Geschäftsführung ohne Auftrag gehört zu den Verhältnissen, die mittelbaren Besitz übermitteln können[3]). Aus der Natur des Besitzes heraus ist jedoch zum Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Geschäftsführung ohne Auftrag noch zu fordern, daß der Geschäftsherr von der Tätigkeit der Zwischenperson Mitteilung erhält und dieser Tätigkeit zustimmt. Denn es kann niemand ohne seinen Willen zum mittelbaren Besitzer gemacht werden. Diese Genehmigung durch den Geschäftsherrn läßt nun aber nicht auch den mittelbaren Besitz — wie das ihn vermittelnde Rechtsverhältnis — mit rückwirkender Kraft entstehen. Eine Rückwirkung ist mit dem Begriff des Besitzes nicht vereinbar[4]). Erst nach Erlangung der Kenntnis von der Geschäftsführung und deren Genehmigung entsteht für den Geschäftsherrn die zum mittelbaren Besitz erforderliche wenn auch nur beschränkte tatsächliche Sachherrschaft.

Dies zeigt sich vor allem in dem Fall, wo ein Vertreter (ohne Vertretungsmacht) als auftragloser Geschäftsführer für einen noch unbestimmten Geschäftsherrn handelt[5]). Es wäre undenkbar, dem erst später bestimmten mit rückwirkender Kraft den Besitz zuzuschreiben. Es ist hier erst mit dem Beitritt des Geschäftsherrn ein der Verwahrung ähnliches Verhältnis entstanden, wodurch der Geschäftsherr ex nunc mittelbarer Besitzer und Eigentümer geworden ist.

Von Biermann[6]) wird bestritten, daß die Geschäftsführung ohne Auftrag ein Verhältnis i. S. von § 868 sei. Das bedeutet jedoch im praktischen Ergebnis keinen Unterschied von der hier vertretenen Meinung, nach der der mittelbare Besitz auch erst mit dem Beitritt des Geschäftsherrn und ohne Rückwirkung entsteht. Ob man nun diese Zustimmung als eine Genehmigung der Geschäftsführung ohne Auftrag oder als eine nachträgliche Auftragserteilung ansieht, ist gleichgültig. Jedenfalls entsteht auch nach Biermann mittelbarer Besitz für den Geschäftsherrn in dem Zeitpunkt, in dem er das Handeln der Zwischenperson genehmigt.

Wir ersehen also, daß auch Auftrag und Geschäftsführung ohne Auftrag unter den oben dargelegten Voraussetzungen zu den Verhältnissen gehören, die Besitz vermitteln.

---

[3]) So auch Wolff § 8 I, 1c; anders Biermann zu § 868 Erl. 6b.

[4]) So auch Cohn S. 157; Przibilla S. 364; vgl. auch die Ausführungen oben zu § 6. Anders Bruns S. 164/65.

[5]) Vgl. darüber oben unter § 6.

[6]) Biermann zu § 868 Erl. 6b; ähnl. Planck zu § 868 Erl. 2bβ.

Man streitet sich nun über eine allgemeine Formel zur Abgrenzung dieser „ähnlichen Verhältnisse" i. S. von § 868. Nach der einen Ansicht soll es darauf ankommen, daß der Besitz dem unmittelbaren Besitzer „anvertraut" ist[7]). Andere dagegen fordern, daß der Besitz „von dem Oberbesitzer abgeleitet erscheint"[8]). Diese beiden Ansichten würden aber die Bedeutung des mittelbaren Besitzes unberechtigterweise einengen. Hiernach würde z. B. die Ehefrau an den Sachen, die kraft dinglicher Surrogation zu ihrem eingebrachten Gut gehören, keinen mittelbaren Besitz haben. Denn der Ehemann leitet in diesem Fall seinen Besitz nicht von der Ehefrau ab (vgl. § 1381)[9]). Diese Formeln sind also nicht geeignet, das Gemeinsame der Besitzmittlungsverhältnisse zu charakterisieren.

Es ist daher der Ansicht beizutreten, daß der Besitz der Sache dem „Vermögen" des Oberbesitzers angehören muß und auf Kosten dieses Vermögens erworben wurde, d. h. der unmittelbare Besitz muß eigentlich dem Oberbesitzer zustehen[10]). Hierin kommt vor allem auch zum Ausdruck, daß erst, wenn der Beauftragte in Vertretung des Auftraggebers diesem die Sache zu Eigentum erwirbt, mittelbarer Besitz entsteht[11]).

Es sei zum Schluß noch darauf hingewiesen, daß wegen der tatsächlichen Natur des mittelbaren Besitzes das Besitzmittlungsverhältnis nicht gültig zu sein braucht[12]).

§ 17.

C. Liegen die Voraussetzungen der Stellvertretung nicht vor, so ist ein zweiter Übertragungsakt erforderlich.

Liegen nun die Voraussetzungen für den unmittelbaren Eigentumserwerb des Geschäftsherrn: offenes Handeln des Stellvertreters (§ 164) als Besitzdiener (§ 855) oder als Besitzmittler (§ 868) nicht vor, so erwirbt die Zwischenperson das Eigentum zunächst für sich selbst, voraus-

---

7) So Endemann; Strohal, JherJahrb. Bd. 28 S. 20 ff.

8) Biermann zu § 868 Erl. 6; Staudinger zu § 868 Erl. I, 2 a; Planck bis zur 4. Aufl.

9) Vgl. Planck zu § 868 Erl. 1 b β.

10) Vgl. Leonhard, Vertretung S. 61; Bruns S. 163; ähnlich Planck (von der 4. Aufl. an) zu § 868 Erl. 1 b β.

11) Vgl. Planck zu § 868 Erl. 1 b β.

12) So Planck zu § 868 Erl. 3; Staudinger zu § 868 Erl. II, 2; Biermann zu § 868 Erl. 2; Leonhard, Vertretung S. 71; anders Isay, Geschäftsführung S. 276; Bruns S. 157.

gesetzt natürlich, daß in ihrer Person die Erfordernisse der Einigung und der Übergabe nach § 929 erfüllt sind. Sie ist dann gezwungen, in einem zweiten neuen Rechtsgeschäft dieses Eigentum auf den Geschäftsherrn weiterzuübertragen.

Die erforderliche Weiterübertragung geschieht entweder durch Einigung und Übergabe nach § 929 oder durch Einigung und Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses nach § 930. Letztere Art der Übertragung kann der Stellvertreter auch nach § 181 durch Kontrahieren mit sich selbst vornehmen. Davon wird unten in § 18 noch näher die Rede sein.

Dritter Teil.

§ 18.

A. Stillschweigende Annahme einer sofortigen Weiterübertragung durch Selbstkontrahieren.

Da manchen Anhängern der hier vertretenen Meinung das Ergebnis des Offenheitsprinzips für den Geschäftsverkehr ungeeignet und unbillig erscheint, versuchen sie unter Aufrechterhaltung der oben dargestellten Grundsätze zu einem möglichst baldigen Eigentumserwerb durch den Geschäftsherrn zu kommen. Auch nach ihnen erwirbt also bei mangelnder Offenheit der Stellvertretung der Vertreter gemäß § 164 Abs. 2 das Eigentum zunächst für sich, aber sein Eigentum soll auf eine möglichst kurze Zeitdauer beschränkt werden und alsbald auf den Geschäftsherrn übergehen.

Es sollen hier zunächst die Meinungen dargestellt werden, die dem Geschäftsherrn auf Grund der Annahme einer stillschweigenden sofortigen Weiterübertragung durch Selbstkontrahieren nach §§ 181 und 930 das Eigentum zusprechen.

Grundsätzlich ist dem Vertreter entsprechend der Bestimmung des § 181 das Selbstkontrahieren nicht gestattet. Es bestehen jedoch zwei Ausnahmen von dieser Bestimmung[1]):

1. Das Selbstkontrahieren ist zulässig, wenn es dem Vertreter vom Geschäftsherrn gestattet ist,

2. wenn es ausschließlich in Erfüllung einer Verbindlichkeit geschieht.

Bei einem Beauftragten, der im eigenen Namen für den Geschäftsherrn eine Sache erworben hat, ist im Zweifel anzunehmen, daß der Geschäftsherr ihm gestattet hat, durch Selbstkontrahieren das Eigentum auf ihn weiterzuübertragen.

Außerdem wird aber stets die zweite Ausnahme des § 181 vorliegen. Denn der Beauftragte ist gemäß § 667 verpflichtet, dem Geschäftsherrn die Sache zu Eigentum zu übertragen. Das abstrakte Eigen-

---

[1]) Vgl. Oertmann zu § 181 Erl. 3 b u. c.

tumsübertragungsgeschäft besteht demnach ausschließlich in Erfüllung einer Verbindlichkeit, nämlich der Verpflichtung, die sich aus § 667 ergibt.

Wir sehen also, daß eine Weiterübertragung durch Selbstkontrahieren in den hier zu behandelnden Fällen rechtlich zulässig ist. Die Einigung des § 929 kommt im Wege von § 181 zustande, die Übergabe wird durch Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses gemäß § 930 ersetzt, welches auch im Wege des Selbstkontrahierens zustande kommt.

Manche Schriftsteller[2]) nehmen nun an, daß schon „im allerersten Augenblicke des Eigentumsrechts" der Zwischenperson, also schon bei dem eigenen Eigentumserwerb das Eigentum nach §§ 181, 930 stillschweigend auf den Geschäftsherrn weiter übertragen wird. Auf demselben Standpunkt steht wohl auch die Entscheidung des Reichsgerichts (Bd. 30 S. 143), die annimmt, daß „mittels eines constitutum possessorium, das sich in dem Erwerbsakt selbst vollzieht, das Eigentum auf den Geschäftsherrn übergeht"[3]). Gegen diese Ansicht wendet die herrschende Meinung mit Recht ein, daß zur Annahme eines solchen Weiterübertragungsaktes durch Selbstkontrahieren Kenntlichkeit gefordert werden müsse. Eine innere Willensregung allein kann nicht genügen. Es ist im Interesse der Verkehrssicherheit vielmehr stets ein erkennbares Zeichen des inneren Willensentschlusses erforderlich.

Darüber, wie weit diese Kenntlichkeit gehen muß, d. h. wie der Rechtsakt vorgenommen werden muß, um rechtswirksam zu sein, herrscht in der Literatur Streit. Da das Gesetz hierüber keine Entscheidung trifft[4]), müssen wir eine Lösung suchen, die der Billigkeit und Zweckmäßigkeit entspricht.

Es ist daher eine Handlung zu fordern, die der Mittler nicht mehr beliebig zurücknehmen kann[5]); er muß an seine Entscheidung gebunden sein. Es sollen nach dem Traditionsprinzip, das im BGB im Gegensatz z. B. zum französischen Recht herrscht, vor allem dem Tradenten zum Bewußtsein gebracht werden, daß er hiermit aufgehört hat, Eigentümer zu sein. Auch bei der Weiterübertragung durch Selbstkontrahieren muß daher ein Rechtsakt gefordert werden, an den sich der Tradent auch

---

[2]) So Beseler in DJZ 1912 Sp. 897; K. Lehmann in ZHR Bd. 51 S. 270; ähnlich Staub, Komm. zum HGB zu § 383 Anm. 33.

[3]) Ebenso RG in Gruch. Bd. 47 S. 988.

[4]) Vgl. nur die Bestimmungen des Depotgesetzes vom 5. Juli 1896 § 7, wonach das Eigentum an den im eigenen Namen vom Bankier eingekauften Wertpapieren mit der Übersendung des Stückeverzeichnisses auf den Auftraggeber übergeht.

[5]) Vgl. Leonhard, Vertretung S. 98; Lenel in IherJahrb. Bd. 36 S. 71; vgl. aber den schon oben dargestellten Fall des Erwerbs durch einen Besitzdiener, wo wegen des bestehenden Gewaltverhältnisses von einer besonderen Kenntlichmachung abgesehen werden kann.

gebunden fühlt. Dies ist aber nicht der Fall, wenn er die Übertragung jederzeit rückgängig machen kann.

Es kann nur von Fall zu Fall entschieden werden, ob diesem Erfordernis genügt wird. So kann z. B. bei einer großen Bank, wo eine Anordnung mehrere Instanzen durchläuft, das gesonderte Aufbewahren von Wertpapieren und das Versehen mit dem Namen des vertretenen Erwerbers sehr wohl genügen, während dies in einem kleinen Betriebe keinesfalls als ausreichend anerkannt werden kann. Denn bei großen Banken ist der Handelnde praktisch an das Geschäft gebunden und kann es nicht von sich aus beliebig rückgängig machen. Die in der Literatur herrschende Meinung[6]) dagegen verlangt nur eine erkennbare Willensäußerung des Handelnden, was nach den obigen Ausführungen nicht als ausreichend anerkannt werden kann.

§ 19.

B. Das antezipierte Konstitut.

Wir kommen nun zu der Behandlung des antezipierten Konstituts. Es ist überwiegende Ansicht in der Literatur[1]) und Rechtsprechung[2]), daß ein alsbaldiger Eigentumserwerb durch den Geschäftsherrn bei verdecktem Handeln der Zwischenperson dadurch herbeigeführt werden könne, daß der Eigentumsübertragungsakt nach § 929 mit § 930 schon vorweggenommen wird, ehe die Zwischenperson die Sache erworben hat. In diesem Rechtsgeschäft muß also erstens die Einigung und zweitens die Besitzübertragung durch Übergabeersatz nach § 930 enthalten sein. Es ist im folgenden zu untersuchen, ob diese beiden Erfordernisse der Eigentumsübertragung schon im voraus wirksam abgeschlossen werden können.

I. Kann die Einigung über den Eigentumsübergang nach § 929 im voraus vereinbart werden?

---

[6]) So Biermann zu § 930 Erl. 2; Oertmann zu § 181 Erl. 4 a; Staudinger zu § 930 Erl. 4 b; Planck zu § 930 Erl. 6; RG Bd. 52 S. 133; Bd. 63 S. 16 ff. und S. 405.

[1]) Für das antezipierte Konstitut: Biermann zu § 930 Erl. 1 b; Staudinger zu § 930 Erl. 1 b; Oertmann zu § 164 Erl. 1 e; Planck-Flad zu § 164 Erl. 5 c; Warneyer zu § 930 Erl. III; v. Tuhr in JherJahrb. Bd. 48 S. 47 ff.; Müller in Gruch. Bd. 54 S. 226. — Dagegen: Leonhard, Vertretung S. 46/47 S. 65; Planck-Brodmann 4. Aufl. zu § 930 Erl. 2; Kohler, ArchBürgR. Bd. 18 S. 104; Eccius in DJZ 1904 S. 54; Lenel in JherJahrb. Bd. 36 S. 67, 69; Regelsberger ebd. Bd. 44 S. 406; ferner Wolff, Sachenrecht § 67 I, 2, der es aber als „Gewohnheitsrecht" für zulässig hält.

[2]) RG Bd. 56 S. 54, Bd. 73 S. 418, Bd. 99 S. 208, Bd. 100 S. 192, Bd. 109 S. 167; RGSt Bd. 54 S. 187; OLGRspr. Bd. 20 S. 64 f.; JurWoch. 1907 S. 747; 1911 S. 762; 1912 S. 797.

Dies ist ohne weiteres anzunehmen, wenn es sich um bereits individuell bestimmte Sachen handelt. Diese Zulässigkeit ergibt sich aus einem Vergleich mit der Bedingung, die hier bei der Übertragung beweglicher Sachen im Gegensatz zur Übertragung von Grundstücken (vgl. § 925 Abs. 2) zulässig ist. Wie Müller[3]) mit Recht ausführt, handelt es sich jedoch bei der antezipierten Einigung nicht um eine solche, die unter aufschiebender Bedingung geschlossen ist. Denn die Wirksamkeit ist nicht zeitlich hinausgeschoben und von einem zukünftigen ungewissen Ereignis abhängig gemacht, sondern es war in diesem Fall ein anderer Abschluß des Rechtsgeschäfts gar nicht möglich. Wohl aber ist die antezipierte Einigung wegen ihrer Ähnlichkeit mit der Bedingung entsprechend dieser zu behandeln.

Aber auch die vorweggenommene Einigung über einen noch nicht individuell bestimmten Gegenstand ist rechtlich zulässig. Es handelt sich hier um ein bestimmungsbedürftiges Rechtsgeschäft, was unter dem Hinweis auf die näheren Ausführungen oben unter § 6 als zulässig anerkannt werden muß. Die Erfordernisse des Rechtsgeschäfts sind bereits bei dem Abschluß gegeben, die Wirksamkeit dagegen hängt noch von der Bestimmung des Gegenstandes durch die Zwischenperson ab. Für diese Annahme läßt sich ferner das Vorhandensein der Vorschrift des § 308 und der oben unter § 6 aufgezählten bestimmungsbedürftigen Rechtsgeschäfte des BGB anführen[4]). — Gegen eine vorweggenommene Einigung ist demnach nichts einzuwenden.

II. Die meisten Gegner des antezipierten Konstituts halten seine Zulässigkeit aus dem Grunde für unmöglich, weil nur derjenige nach § 930 mittelbaren Besitz übertragen kann, der selbst im Besitz der Sache ist. Dies ergibt sich vor allem aus dem Wortlaut des § 930: „Ist der Eigentümer im Besitz der Sache, so ..." Es kann eben nur derjenige einem andern Besitz übertragen, der selbst „eine Herrschaft über die Sache ausübt"[5]).

Ferner weist Leonhard auf die Gefahr hin, daß sich auf diese Weise die Zwischenperson sehr leicht strafrechtlich verantwortlich machen kann, wenn sie z. B. den so in das Eigentum des Herrn gelangten Gegenstand zu ihrer eigenen Deckung verwendet. Es wäre auch überaus unbillig, dem Vermittler dieses wichtige Deckungsmittel für seine Ansprüche gegen den Geschäftsherrn zu nehmen[6]). Diese Vereinbarung kann daher keine

---

[3]) Vgl. Müller in Gruchot Bd. 54 S. 235; vgl. auch Kohler, ArchBürgR. Bd. 18 S. 102.

[4]) Vgl. Müller Bd. 54 S. 234. Für die Möglichkeit einer vorgenommenen Einigung u. a. auch Leonhard, Vertretung S. 47; Kohler, ArchBürgR. Bd. 18 S. 102 dagegen jedoch Eccius in DJZ 1904 S. 54.

[5]) Vgl. Leonhard, Vertretung S. 46/47; auch Eccius DJZ 1904 S. 54.

[6]) Vgl. Regelsberger a. a. O. S. 407.

dingliche Wirkung haben. Sie enthält lediglich die obligatorische Verpflichtung, demnächst durch constitutum poessessorium den Besitz auf den Geschäftsherrn zu übertragen[7]). Die Unzulässigkeit ergibt sich auch aus der Betrachtung, daß das antezipierte Konstitut mit zwei Personen in bezug auf denselben Gegenstand abgeschlossen sein kann. Wer von beiden würde in diesem Falle das Eigentum erwerben? Wenn aber — wie vielfach, vor allem in der Rechtsprechung behauptet wird[8]) — zur „Vollziehung" des antezipierten Konstituts noch eine Handlung hinzukommen muß, die den endgültigen Eigentumsübergang auf den Geschäftsherrn in Erscheinung treten läßt, so fragt man sich mit Recht: wozu die zweifelhafte Annahme dieses Rechtsinstituts, wenn später noch eine weitere Handlung verlangt wird, die auf ein neues constitutum possessorium nach §§ 181, 930 hinauslaufen würde? Denn ein solches wird man vielfach in der geforderten Handlung erblicken können, daß „der Erwerber der Vereinbarung gemäß handelt"[9]).

Ein sofortiger Eigentumsübergang auf den Geschäftsherrn durch vorweggenommene Einigung ist jedoch dann denkbar, wenn der Mittelsmann als Besitzdiener nach § 855 für seinen Herrn den unmittelbaren Besitz erwirbt[10]). Beim Erwerb durch Besitzdiener ist auch — wie oben schon ausgeführt — stets eine Weiterübertragung entweder infolge vorweggenommener Einigung oder durch ein Insichgeschäft des Handelnden anzunehmen, so daß hier ein sofortiger Eigentumserwerb des Herrn von dem Besitzdiener anzunehmen ist. Der Erwerb des Besitzdieners muß jedoch tatsächlich dem Haushalt oder Geschäft seines Herrn angehören. Dies ist die Folge der „gemeinschaftlichen Besitzsphäre"[11]). Die im Anschluß an § 930 geäußerten Bedenken gegen eine vorweggenommene Besitzübertragung fallen hier weg.

Das Ergebnis dieser Ausführungen wäre demnach, daß die Einigung vorweggenommen werden kann, der Eigentumserwerb des Geschäftsherrn aber daran scheitert, daß ein gültiger Übergabeersatz nach

---

7) Vgl. Lenel, IherJahrb. Bd. 36 S. 69; Kohler, ArchBürgR. Bd. 18 S. 104; Leonhard, Vertretung S. 46; Regelsberger a. a. O. S. 406; dagegen v. Tuhr, IherJahrb. Bd. 48 S. 47; Warneyer, Komm. zu § 930 Erl. III; Jur. Woch. 1907 S. 747; RG Bd. 56, 54.

8) Vgl. darüber Warneyer, Komm. zu § 930 Erl. III; v. Tuhr, Iher. Jahrb. Bd. 48 S. 49; insbes. JurWoch. 1911 S. 763, 1912 S. 798; RG Bd. 56 S. 54.

9) Vgl. über die Voraussetzung der Weiterübertragung nach §§ 181, 930 oben unter § 18.

10) Vgl. Leonhard, Vertretung S. 47; auch Isay, Geschäftsführung S. 327; vgl. aber über die weiteren unhaltbaren Annahmen Isays am Ende dieses Paragraphen.

11) Vgl. Leonhard, Vertrstung S. 46.

§ 930 nicht vorliegt[12]). Eine Ausnahme gilt für den Besitzdiener. Wenn hier die Einigung vorweggenommen ist, geht das Eigentum gemäß §§ 929, 855 mit dem Erwerb des Besitzdieners von diesem auf den Herrn über, da die Übergabe in der Verschaffung des unmittelbaren Besitzes nach § 855 liegt.

Endlich sei noch die Ansicht von Isay[13]) erwähnt. Hiernach geht das antezipierte Konstitut folgendermaßen vonstatten: Die Einigung werde vorweggenommen. Mit dem Erwerb des Besitzes durch die Zwischenperson erwerbe der Geschäftsherr zugleich den mittelbaren Besitz. Damit sei der Tatbestand des § 929 erfüllt.

Diese Ansicht ist unhaltbar, denn zur Übergabe nach § 929 gehört entweder die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes oder die Verschaffung des mittelbaren Besitzes, wenn nämlich der Veräußerer den Besitz der Sache verliert[14]). Hier bleibt aber der Veräußerer (die Zwischenperson) im Besitz der Sache. Daher kann eine Verschaffung des mittelbaren Besitzes nur als Übergabeersatz nach § 930 gelten, und diese kann— wie oben gezeigt — erst vorgenommen werden, wenn der Übertragende selbst den Besitz der Sache hat.

---

[12]) Müller bei Gruchot Bd. 54 S. 234, der die Wirksamkeit der vorweggenommenen Eigentumsübertragung mit Hilfe von § 185 Abs. 2 erklären will, übersieht, daß bei dem antezipierten Konstitut noch gar keine „Verfügung" vorliegt, die i. S. des § 185 Abs. 2 wirksam werden könnte. Denn es fehlt, wie oben ausgeführt, an dem Erfordernis der Übergabe. Es liegt demnach eine Ausgleichung von Recht und Rechtsschein, die der Zweck des § 185 ist (vgl. oben unter § 12), nicht vor.

[13]) Isay, Geschäftsführung S. 327.

[14]) Vgl. darüber oben unter § 14.

Vierter Teil.

§ 20.

Rechtfertigung unserer Entscheidung in bezug auf die Billigkeit.

Steht nun die unbedingte Anwendung des Offenheitsprinzips und der anderen Stellvertretungsgrundsätze auf die dingliche Übereignung so sehr im Widerspruch zur Billigkeit und zu den Bedürfnissen des Verkehrslebens, wie es von den Gegnern der hier vertretenen Meinung dargestellt wird? Dies muß unbedingt verneint werden. Auch der Kommissionär und jede Zwischenperson, die nicht in fremdem Namen auftritt, bedarf dringend des Schutzes. Der beste Schutz ist aber, wenn diese Person zunächst selbst das Eigentum an den betreffenden Gegenständen erwirbt. Es wäre sehr unbillig, den Geschäftsherrn unmittelbar Eigentum erwerben zu lassen und die Zwischenperson, die doch aus dem obligatorischen Vertrag haftet, auf den obligatorischen Anspruch auf Ersatz der Auslagen zu verweisen. Ein solcher Anspruch ist für den Mittler in den Fällen, wo der Geschäftsherr in Konkurs gerät, völlig wertlos. Es muß daher als durchaus der Billigkeit entsprechend angesehen werden, wenn man der Zwischenperson, die ja unbestritten aus dem obligatorischen Vertrag verpflichtet ist, auch ein Vorrecht auf die Sache gibt, indem man ihr die Entscheidung überläßt, ob sie das Eigentum im eigenen Namen für sich selbst oder in fremdem Namen unmittelbar für ihren Geschäftsherrn erwerben will[1]). Der Schutz der Zwischenperson wäre, wenn der Geschäftsherr unmittelbar Eigentum erwirbt, völlig unzureichend.

Der Kommissionär hat zwar ein Pfandrecht an der Sache. Dies gilt jedoch nicht für jeden Beauftragten. Letzterer ist vielmehr im Konkurse des Geschäftsherrn schutzlos, wenn er nicht selbst zunächst das Eigentum an der Sache erwirbt, denn das ihm nach § 273 zustehende Zurückbehaltungsrecht hat nur obligatorische Wirkung[2]). Für das kaufmän-

---

[1]) Vgl. Leonhard, Vertretung S. 102.

[2]) Ein Zurückbehaltungsrecht nach § 1000, das jedoch auch nur obligatorisch wirkt, kommt deshalb nicht in Frage, weil der Kaufpreis nach h. M. keine Aufwendung i. S. von § 1000 ist. Vgl. statt aller Staudinger zu § 994 B 3 a.

nische Zurückbehaltungsrecht i. S. von § 369 HGB werden aber in den Geschäften des täglichen Lebens meist die Voraussetzungen — das Vorliegen eines beiderseitigen Handelsgeschäfts — fehlen.

Es ergibt sich also ein dringendes Interesse der Zwischenperson, das Eigentum für sich zu erwerben[3]).

Es kann außerdem auch der Veräußerer in gewissen Fällen an dem Eigentumserwerb der Zwischenperson interessiert sein, wenn er z. B. den Gegenstand der Eigentumsübertragung später im Notfall als Vollstrekkungsobjekt für eine Kaufpreisrestschuld oder eine andere Forderung, die ihm gegen die Zwischenperson zusteht, verwenden will[4]). Der Vertretene darf daher nicht unmittelbar das Eigentum erwerben, ohne daß dem Veräußerer gegenüber das Vertretungsverhältnis kundgetan ist. Es kann hier jedoch eingewandt werden, daß der Erwerber doch stets die Möglichkeit hat, das Eigentum sofort weiter zu übertragen[5]). Hierzu ist aber ein weiterer Übertragungsakt notwendig, der in der Praxis in den meisten Fällen noch nicht vorgenommen sein wird. Das Gegenargument von Leonhard (S. 30), das eine Weiterübertragung zu angemessenem Preise nicht leicht möglich ist, und dann bei Unentgeltlichkeit oder Verschleuderung die Vorschriften des Anfechtungsgesetzes (§ 3) Platz greifen, ist aus dem Grunde nicht durchschlagend, weil die Zwischenperson zu ihrem Geschäftsherrn meist in einem Auftrags- oder Dienstverhältnis steht, auf Grund dessen sie zur Weiterübertragung auf den Geschäftsherrn verpflichtet ist.

Auch bei einer Schenkung liegt ein Interesse des Veräußerers vor, daß derjenige, dem er schenken will, und nicht ein evtl. dahinterstehender Geschäftsherr unmittelbar das Eigentum erwirbt[6]).

Dem wird nun auf der anderen Seite die Schutzbedürftigkeit des Vertretenen entgegengehalten, der im Konkurs des Mittlers auf die Konkursdividende angewiesen ist. Die Schutzbedürftigkeit des Mittlers überwiegt aber aus folgenden Gründen: Dem Geschäftsherrn kann nur dann ein Schaden entstehen, wenn der Mittelsmann den Gegenstand mit Mitteln des Geschäftsherrn erworben hat. In diesem Falle hat aber der Geschäftsherr der Zwischenperson Kredit gegeben. Wenn er in seinem Vertrauen, das er in die Solvenz des Beauftragten sowie in die richtige Ausführung des Auftrags durch diesen gesetzt hat, getäuscht wird, so hat er sich dies selbst zuzuschreiben, und es ist nicht einzusehen, weshalb ihm hier ein besonderer Schutz zuteil werden soll. Dieser Gedankengang geht auch aus den Protokollen[7]) hervor, wo folgendes ausgeführt wird:

---

3) Vgl. auch Manigk, im HWRechtsW. Bd. III S. 311.
4) Vgl. Leonhard, Vertretung S. 29.
5) Vgl. Bremer a. a. O. Bd. 11 S. 249 ff.; Rosenstock a. a. O. S. 17.
6) Vgl. Leonhard, Vertretung S. 31.
7) Prot. Bd. II S. 365.

„Wenn man diesen Gefühlen Spielraum gewähren wolle, sei nicht abzusehen, warum nicht auch der Käufer eines Grundstücks, der den Kaufpreis bezahlt habe, falls der Käufer vor der Übergabe in Konkurs gerate, ein besonderes Recht auf das Grundstück vor den übrigen Gläubigern haben soll." Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet, erscheint uns auch die Aufrechterhaltung des Offenheitsprinzips in dem bekannten Schulfall von Eck, wo die Hausdame für ihren Herrn silberne Löffel ohne Offenlegung ihrer Vertretereigenschaft kauft, und vor der Übergabe an diesen stirbt, nicht unbillig. Hier ist eben das Geld, was der Geschäftsherr der Hausdame anvertraut hat, von dieser nicht richtig verwandt worden, denn sie war verpflichtet, ihre Vertretereigenschaft dem Geschäftsgegner kundzutun [8]). Der Auftrag ist nicht ordnungsgemäß ausgeführt, und dies muß der Auftraggeber gegen sich gelten lassen. Es ist eben sein Schaden, und ein besonderes Schutzbedürfnis liegt nicht vor.

Wenn der Mittler in fremdem Namen handeln sollte, dies aber unterläßt, so erwirbt der Geschäftsherr zwar nicht unmittelbar das Eigentum, er wird dafür aber auch nicht aus dem obligatorischen Vertrag verpflichtet. Es kann daher in unserer Entscheidung von einer „großen Unbilligkeit" gegenüber dem Geschäftsherrn nicht die Rede sein [9]).

---

[8]) So auch Leonhard, Vertretung S. 104.
[9]) So auch Leonhard, Vertretung S. 102.

Großbetrieb für Dissertationsdruck Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Am 24. Dezember 1909 wurde ich, Otto Heye, in Eppinghoven, Post Holzheim, Kreis Neuß-Grevenbroich, als Sohn des Ritterguts-besitzers Chr. Walter Heye und seiner Ehefrau Annemarie geb. Löbbecke geboren. Ich besuchte die Städt. Oberrealschule in Neuß, wo ich Ostern 1922 auf den gymnasialen Flügel übertrat. Ostern 1928 erhielt ich das Reifezeugnis. Darauf studierte ich Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten Heidelberg, München und Marburg. Am 27. Juli 1932 bestand ich am Oberlandesgericht in Kassel die erste juristische Staatsprüfung. Seit dem 27. April 1933 bin ich am Amtsgericht Neuß als Referendar im Vorbereitungsdienst beschäftigt.